Zur Darlehnslehre nach B. G. B.

INAUGURAL-DISSERTATION

der

Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu **Erlangen**

ACAD. LIBRARY BERL.

vorgelegt von

Adolf Hohenstein.

aus **Boppard a. Rhein**

Referendar am **Kgl. Amtsgericht** zu **Köln.**

Approbiert am 18. Juli 1907.

Bonn 1907.

Buchdruckerei Seb. Foppen, Bonn a. Rh.

03

Referent: Univ.-Professor **Dr. Binder.**

„Meiner Mutter".

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0097

Literatur-Verzeichnis.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag Iher. Ib. Bd. 31.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. II. 1884.

Böhm-Bawerk: Geschichte und Kritik der Kapitalzinstheorie.

„ „ : Positive Theorie des Kapitales.

Brinz: Pandekten.

„ : in Kritisch. V. Blätter Bd. I.

Buhl: Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage. 1875.

Cohn: „Das Darlehn" in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 3.

„ : „Der Credit" in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2.

Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I, II, 1903.

Crome: System des deutsch. bürgerl. Rechts, Bd. II Recht der Schuldverhältnisse 1902.

Dankwardt: Nationalökonomie und Jurisprudenz.

Degenkolb: Der Vorvertrag im Archiv für Ziv. Praxis. Bd. 71. S. 1. ff.

Dernburg: Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preussens. 2. Bd. Schuldverhältnisse 3. Aufl.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des B.G.B. von E. Eck; nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlautes fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von R. Leonhard. Bd. I. 1 u. 2. Aufl. 1903.

Eisele: Ueber Realkontrakte in „Zeitschrift für schweizerisches Recht" N. F. Bd. 3 No. 1.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 9. Aufl.

W. Endemann: „Die credita des röm. Rechts als Creditgeschäft" in Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 12. S. 337. f.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerl. Recht.

Goldschmidt: Die querela non numeratae pecuniae und die Reichsprozessgesetzgebung in Iher. Ib. Bd. 24. S. 33. f.

Heimbach: Zur Lehre von dem creditum 1849.

Hruza: Zur Lehre von der Novation.

Huschke: Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehn 1882.

Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877.

Klein: „Vertragliche Aenderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses" im österr. Zentralblatt für die jur. Praxis. Bd. 23.

Knies: Das Geld.

„ : Der Credit.

Kohler: „Ueber das Consensualdarlehn" im Arch. für bürg. Recht. Bd. II. S. 211.

Krahmer: Der Darlehnsbegriff des bürgerl. Gesetzbuches. Inaug. Diss. 1900.

Lammfromm: Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag 1897.

Lotmar: Ueber causa.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901..

Martin: Die Umwandlung bestehender Schulden in Darlehnschulden 1903.

Mathias: Lehrbuch des bürgerl. Rechts 4. Aufl.

Meumann: Prolegomema zu einem System des Vermögensrechtes 1903.

Neumann: Handausgabe des B.G.B. für das deutsche Reich, 4. Aufl. 1905.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse 1906.

Planck: Das Recht der Schuldverhältnisse.
Regelsberger: „Der Vorvertrag" in EndemannsHandbuch des Handelsrechts Bd. 2. S. 419.
Reinhold: Die Natur der sog. Realkontrakte.
Salpius: Novation und Delegation nach röm. Recht 1864.
Schall: Der Parteiwille im Rechtsgeschäft.
v. Schey: Die Obligationsverhältnisse des österreich. allgemeinen Privatrechts 1890 Bd. 1. Das Darlehn.
Schlossmann: In Iher. Ib. Bd. 45 S. 1.f:
a) Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogen. Realkontrakte.
b) Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstrekkung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1900.
Schöninger: Die Leistungsgeschäfte des bürgerl. Rechts. 1906.
Simmel: Philosophie des Geldes 1900.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.
Staudinger-Kober: Das Recht der Schuldverhältnisse II. b. 1906.
Storch: Der heutige, insbesondern der landrechtliche Darlehnsvertrag.
Unger: „Realkontrakte" in Iher. Ib. Bd. 3. S. 408.
Unterholzner: Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen 1840.
Wintscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl.

Die weitere Litteratur ist an den betreffenden Stellen genau zitiert.

Rechtsgeschäft und Darlehn.

Das Darlehn gehört zu den Rechtsgeschäften. Es muss als solches in seinem Tatbestand und seinen Rechtswirkungen die dem Rechtsgeschäftsbegriff eigentümlichen Elemente enthalten. Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist aber in seiner Bedeutung durch das B.G.B. nicht festgelegt worden und kann es nicht werden.[1]) Dadurch geraten wir für die Festlegung des Darlehnsbegriffes in alle jene Schwierigkeiten, die sich bei dem Versuche, den Rechtsgeschäftsbegriff aus dem Gemische der Rechtssubstanz auszusondern, ergeben. Diese Schwierigkeiten beruhen hauptsächlich darauf, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts ein rechtswissenschaftlicher ist; es ist ein Begriff, —Windscheid I. § 69 Anm. 1, — den die Wissenschaft zu ihren Zwecken aufstellt, daher jeder, welcher an der rechtswissenschaftlichen Arbeit Teil nimmt, befugt ist, diesen Begriff so zu gestalten, wie er es für zweckmässig hält, vorausgesetzt, dass er in der Bezeichnung der zusammengefassten Denkelemente mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft nicht sprachwidrig wird." Die Bildung des Rechtsgeschäftsbegriffes ist nicht lediglich auf das sogenannte positive Recht beschränkt, vielmehr kann man es als ein Postulat der Rechtswissenschaft als wahrer Wissenschaft erachten, nach der absoluten Wahrheit zu forschen und demgemäss auch die einzelnen Rechtsbegriffe zu entwickeln.[2]) Die Darstellung eines positiven Rechtsinstitutes kann sich an einen auf diesem Gesichtspunkte der „absoluten" Wahrheit basierenden Rechtsbegriff allerdings nicht anlehnen, diese muss vielmehr ohne weitere Begründung die Tatsache als durch

[1]) Planck I S. 27, Manigk.

[2]) So Schlossmann: Der Vertrag §§ 22—26.

die Erfahrung gegeben erachten, dass es im objektiven positiven Rechte eine Reihe von Tatbeständen gibt, deren gemeinsame Merkmale man unter dem Begriff des Rechtsgeschäfts zusammenfasst, welches von der Rechtsordnung mit Rechtsfolgen ausgestattet ist.

Eine allgemein anerkannte Auffassung, die ich für richtig halte, definiert das Rechtsgeschäft als eine rechtlich wirksame Willenserklärung, d.h. eine solche, „in der eine gewisse, durch die anerkannten Rechtsbegriffe näher bestimmte, auf Gestaltung von Rechtsverhältnissen sich beziehende Willensbestimmung des Handelnden objektiv zur Erscheinung kommt," mit der Wirkung, dass hierdurch Rechte entstehen, verändert oder aufgehoben werden..[3]) Unter Willenserklärung versteht man eine sinnliche Handlung, die als Offenbarungszeichen zwischen Menschen die Eigenschaft hat, bei dem Mitmenschen durch Anregung und Auslösung einer geistig-logischen Tätigkeit die Vorstellung von dem Vorhandensein einer gewissen Willensrichtung im Inneren des Handelnden zu erzeugen.[4])

Bei der Prüfung des Darlehns als Rechtsgeschäft steht hier nicht zur Untersuchung der Rechtsgeschäftstatbestand, soweit im Rechtsgeschäft ein nackter Wille zur Erscheinung kommt. Es scheidet demnach aus: Die Handlungsfähigkeit des Subjekts, Kundgebung des Inhalts, Erlaubtheit des Inhalts. Vielmehr sollen geprüft werden die rechtlich sanktionierten Kriterien des Willens; und zwar: Form des Willens, materielle Zweckberedung und die reelle Ausführung des Willensinhaltes. Auf diesem Wege wird der Rechtsgeschäftstatbestand des Darlehns — um mit Ihe-

---

[3]) Schall a. a. O. S. 19, 25 ähnlich Windscheid P. I 569, Oernburg 4. Aufl. § 39. Zitelman: Irrtum und Rechtsgeschäft 1879 S 281 ff.

[4]) Schall S. 13 a. a. O.

ring's Worten zu sprechen,[5]) einer anatomischen und physiologischen Betrachtung unterzogen. Die anatomische Betrachtung gliedert die einzelnen Bestandteile des Rechtsgeschäfts systematisch aneinander. Sie wird daher sich vorwiegend mit der Form des Rechtsgeschäfts in seiner Eigenschaft als Kriterium sowohl der gültigen Entstehung des Willens als auch Vollendung des Willens befassen. Form in dem hier aufzufassenden Sinne ist die Verwirklichung des vom Rechte erforderten und ihm genügenden Tatbestandes, also Form mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer äusseren Erscheinung überhaupt und im Hinblick auf die Bestimmung des „Wie" eines jeden Rechtsgeschäftes durch das Recht.

Die physiologische Betrachtung wendet sich der Klarlegung der Funktion des Rechtsinstitutes des Darlehns zu, versucht also die materielle Zweckberedung, die causa mutui zu erforschen.

Demgemäss soll im 1. Capitel die Real- bezw. Consensualnatur des Darlehns und im 2 ten Capitel die Causa desselben geprüft werden. In den weiteren Capiteln sollen aus dem Ergebnis dieser Prüfung einige Folgerungen gezogen werden.

---

[5]) Ihering: Geist des röm. R. Neukamp: Einleitung in eine Entwickelungsgeschichte des Rechts 1895. S. 163.

Cap. I.

Die Consensualnatur des Darlehns.

Man rechnet das Darlehn im allgemeinen nicht unter die gewöhnlichen Rechtsgeschäfte, die Consensualverträge, sondern reiht es in eine besondere Gattung des Rechtsgeschäfts, die Realkontrakte, ein.

a. Begriff der res beim Darlehn.

Als spezifische Eigentümlichkeit der Realkontrakte bezeichnet man die Erscheinung, dass erst nach Herstellung des ihrer wirtschaftlichen Tendenz zunächst entsprechenden Zustandes ein klagbarer Anspruch entsteht, während ein Anspruch auf Herstellung dieses tatsächlichen Zustandes nicht existiert. Im Gegensatz zu dem normalen Rechtsgeschäftstatbestand, der nur die Vornahme einer Handlung verlangt, welche die Eigenschaft hat, Willenserklärung zu sein, ist das Realgeschäft ein zusammengesetzter Tatbestand, d.h. ein Geschäft, bei welchem zu der auf den Eintritt einer Rechtswirkung gerichteten Willenserklärung, die dem Geschäfte seinen spezifischen Charakter gibt, noch eine res oder ein factum als corpus hinzukommen muss, damit überhaupt eine obligatio entstehe.

Die Bedeutung der res für das Geschäft.

Die Bedeutung der res für das Rechtsgeschäft kann eine Doppelte sein:

Zunächst kann die res Formerfordernis im Sinne von Existenz- oder Errichtungserfordernis des Vertrages sein.

Dann hat sie eine entsprechende Bedeutung wie die Form bei den eigentlichen Formalkontrakten, z.B. den Verträgen, welche der schriftlichen Form oder der notariellen Beurkundung unterliegen. Wie das Geschäft sich bei diesen Verträgen in der Form verkörpert, so liegt das Wesen des Realvertrages in der res. Durch ihr Fehlen wird nicht nur der Charakter des Geschäfts verändert, sondern auch das ganze Geschäft vernichtet. Die res übt hier den Zweck aus, den fertigen Geschäftswillen in ganz genauer Gestalt in die Erscheinung treten zu lassen. Die res mag diese Bedeutung in der ältesten Zeit des röm. Rechtes gehabt haben; späterhin ist sie geschwunden und hat der zweiten Bedeutung Platz gemacht. Diese Auffassung der res als Form ist aus einer Betrachtungsweise zu erklären, welche nur an der äusserlich wahrnehmbaren Erscheinung haftet.[6]) Sie führt zu einer Verkennung der Darlehnskausa, die weiter unten erörtert werden wird.

In einer zweiten Bedeutung bezeichnet man die res als Qualitätserfordernis des Vertrages. Hier ist die res konstitutives Element des Vertrages, bei dessen Fehlen zwar auch ein Vertrag, aber nicht ein Realvertrag vorliegen kann. Der Realvertrag in diesem Sinne leugnet nicht die Möglichkeit einer Verpflichtung ohne res wie die oben erörterte Theorie, diese Verpflichtung aus einem Vorvertrage gehört aber nicht zum rechtlichen Bau des Realvertrages. Erst die res schafft den Realvertrag in seiner spezifischen Eigenart.

Der Tatbestand der res.

Die Möglichkeit einer Subsumtion des Darlehnsvertrages unter die Realverträge hängt in erster Linie von der Tat-

[6]) v. a. Pfordten: Abhandl. aus dem Pandektenrecht. 3. Ueber die Klagbarkeit der Verträge S. 218. Trendelenburg. Sokolowski: Sachbegriff und Körper 1902 S. 272. Schlossmann a. a. O. S. 43. Zitelmann S. 235 a. a. O.

bestandsnormierung der res im allgemeinen und in zweiter Linie von der Tatbestandsnormierung des Darlehns ab.

Das bürgl. Gesetzbuch kennt einen positiven Begriff der res nicht, dieser ist vielmehr lediglich ein wissenschaftlicher Begriff. Ueber Natur und Wesen der res ist die Wissenschaft aber durchaus verschiedener Meinung. Einig ist man sich darüber, dass die nur grammatische Uebersetzung des Wortes mit „Sache" den Sinn des resbegriffes nicht erschöpfend wiedergibt, dass man vielmehr hierunter eine Realleistung, die Leistung eines Gutes zu verstehen hat. Ueber den Inhalt und Umfang dieser Leistung besteht Streit.

Ist die res einheitlich für alle Realgeschäfte zu bestimmen?

An erster Stelle ist diejenige Theorie zu nennen, welche die res einheitlich für alle Rechtsgeschäfte, in denen neben der Willenserklärung ein corpus gefordert wird, als Herstellung eines Besitzverhältnisses ohne Rücksicht auf das Mittel dieses Effektes bezeichnet. Nach Manigk[7]) kommt es bei allen Realgeschäften nur auf den Besitzerwerb oder -Verlust an, und es ist gleichgültig, wer diesen bewirkt hat. Das corpus braucht nicht einmal in einer Handlung der das Geschäft vornehmenden Person zu bestehen, es kommt der Rechtsordnung nur auf den Effekt des corpus an. Nicht eine corpushandlung ist im Realgeschäft Tatbestandsmerkmal, sondern ein corpus, d.h. ein Besitzverhältnis. Auch beim Darlehn ist das corpus nach Manigk in diesem Sinne aufzufassen, da das Darlehn gemäss § 607 Realgeschäft sei.

Diese Ansicht Manigks beruht auf einer Anschauungsweise, welche die Rechtstatsachen nur nach ihrer sinnlichen Gestaltung und Erscheinung fasst. Die Realkon-

[7]) S. 151, 193, 197 a. a. O.

trakte sind Gaben zu bestimmten Zwecken; die Zweckberedung gibt dem Geschäft seinen besondern Charakter. Bei jedem Geschäft kann man die Tatsachen vom Willen abziehen, „als nackte Tatsachen" in diesem Sinne ins Auge fassen, um sie wiederum auf ihr Verhältnis zum Willen nach der Auffassung des Handelnden zu prüfen. Bei dieser Prüfung ergibt sich, dass der Mensch die nackte Tatsache als Offenbarungszeichen seines Willens verwirklicht, d.h. um einen Schluss auf seine Willensrichtung zu ermöglichen, so z.B., wenn ein der deutschen Sprache Unkundiger einen Bestellschein unterschreibt. Nackte Tatsache und Wille verhalten sich wie Mittel und Zweck.[8]) Würde man sich das Zweckverhältnis von Wille und nackter Tatsache als allein herrschend denken, dann wäre die Auffassung Manigk's zutreffend. Dann wäre zwischen mutuum, commodatum und depositum kein Unterschied, soweit das Mittel — die nackte Tatsache — in betracht kommt. Denn wäre der Wille, darzuleihen, dem Willen zu leihen, gleichgeartet. Das Tatsächliche bei der res besteht nämlich in allen 3 Fällen in der Hingabe der Sache, der Besitzverschaffung. Diese ist das übereinstimmend wiederkehrende äussere Zeichen des Willens. Will man indessen die Funktion der res feststellen, so darf man nicht allein die nackte Tatsache berücksichtigen, sondern muss das Verhältnis der nackten Tatsache zum effektiven, beseelenden Willen prüfen. Hierzu ist eine Trennung von Tun und Wille in der Abstraktion erforderlich. Hiernach unterscheiden sich die bezeichneten 3 Realkontrakte folgendermassen: Der Darlehnswille besteht in der Ueberlassung von Capital zur Nutzung, dieser Wille hat seinen rechtlichen Ausdruck gefunden in der Form: quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdam generis et qualitatis, der

[8]) Lotmar a. a. O. S. 152.

Leihwille offenbart sich in utendum oder commodo dare, der Hinterlegungswille in rem custodiendam dare, rem custodiendam committere.

Andererseits findet die Auffassung Manigk's von der Gleichartigkeit der res bei sämmtlichen Realkontrakten eine Unterstützung in wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Die nächste wirtschaftliche Funktion der Rechte läuft mit jener der natürlichen Gewalt oder physischen Habens eines Gutes parallel. Daher ist die Gleichstellung des Besitzes mit dem Eigentum ökonomisch zunächst gerechtfertigt. In rechtlicher Beziehung sind beide aber sehr verschieden. Der Leihwille an einer nicht fungiblen Sache kann durch blosse Besitzübertragung zum Ausdruck gebracht werden, dagegen muss bei der Darlehnsbegründung an fungiblen Gegenständen vermöge ihrer Verzehrbarkeit Eigentum übertragen werden, da das Recht zum Gebrauche, der hier im Verbrauche besteht, sich nicht aus der faktischen Innehabung der Gegenstände herleiten lässt. Die rechtliche Wirkung der Tradition, ob blosse Detention, juristischer Besitz oder Eigentum, ist von der typischen und individuellen Zweckberedung der res abhängig. Wer zum Zwecke des Verbrauches darleihen will, kann dies nur in der Form der Eigentumsüberlassung, nicht auch durch Verschaffung des juristischen Besitzes oder Einräumung der Detention tun, ebenso wie es andererseits bei der Leihe ausgeschlossen ist, dem Empfänger zum Zwecke des utendum dare das Eigentum zu verschaffen.[9])

Es ergibt sich sonach die von Manigk abweichende Folgerung: Die res kann bei den Realkontrakten nicht in einheitlichem Sinne bestimmt werden.

[9]) Lotmar a. a. O. S. 155 Karlowa a. a. O. S. 175.

b. Das Darlehn als Vermögens- u. Wertüberführung.

Die res beim Darlehn als Vermögensverschiebung.

Huschke[10]) bezeichnet zutreffend das Darlehn als Vermögensgeschäft im Gegensatz zu den übrigen Realkontrakten, welche Sachgeschäfte sind. Dieser Gegensatz beruht auf dem Unterschiede des Gegenstandes der Obligation, welcher beim Darlehn in vertretbaren Sachen, und der bei den übrigen Realkontrakten in unvertretbaren besteht. Bei diesen Realkontrakten bedeutet infolgedessen die res Besitzeinräumung oder noch weniger, nämlich Detention, beim Darlehn ist hingegen die res grundsätzlich Eigentumsübertragung. Iustinian hat bereits diesen Unterschied formuliert: § 2 I. Quib. mod. re contrah. obligatio: is, cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, ab eo, qui mutuum accepit, longe distat, namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Hat man Sachen bloss im Besitz, so ist ihre Einstellung in das Vermögen nicht zulässig. Zwar ist der Besitz ein Rechtsgut von Vermögensinteresse, aber er ist nicht ein in Form eines Rechtes erscheinender Aktivbestandteil des Vermögens, er ist kein Vermögensrecht.[11]) Hingegen führt der Empfang einer Sache zu Darlehn durch Eigentumserwerb eine Vermehrung der Aktivbestandteile des Vermögens herbei. Sonach findet beim Darlehn eine Vermögensverschiebung statt, bei den übrigen Realkontrakten hingegen nicht.

Welcher Kategorie des Vermögensgeschäftes gehört das Darlehn an?

Hat diese Unterscheidung Huschke's einerseits eine erfreuliche Klarheit über den Gegensatz zwischen dem Dar-

[10]) Huschke a. a. O. S. 8 ff.
[11]) Sohm. in 3 Beitr. zum Bürg. Recht 1905: Der Gegenstand S. 23.

lehn und den übrigen Realkontrakten geschaffen, so ist die Kennzeichnung als Vermögensgeschäft andererseits verwirrend, und ohne näheren Zusatz nicht geeignet, ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Real- und Cosensualvertrag zu bilden. Das B.G.B. hat den Begriff des Vermögens nicht definiert, dieser ist daher erst festzustellen.

Der Vermögensbegriff ist in erster Linie ein wirtschaftlicher Begriff. Die Volkswirtschaftslehre geht bei der Aufstellung des Vermögensbegriffes von dem Begriffe des Gutes aus. Gut ist ein Ding, das geeignet ist, der persönlichen Wohlfahrt des Menschen zu dienen, ein Befriedigungsmittel seiner Bedürfnisse. Auf der Basis des Gutsbegriffes bezeichnet Neumann[12]) als Vermögen im wirtwirtschaftlichen Sinne den Inbegriff der Güter einer Person, über welche dieselbe in ihrem Interesse verfügen kann, und zwar entweder tatsächlich oder rechtlich. In der Sache stimmt hiermit die Vermögensdefinition Schmollers überein. Einen Vermögensbegriff im wirtschaftlichen und einen hiermit sich nicht deckenden Begriff des Vermögens stellt der Nationalökonom Wagner auf. Nach ihm ist Vermögen an sich, in wirtschaftlichen Sinne, das Nationalvermögen, während Vermögen im Rechtssinne das persönliche Vermögen ist. Dieses setzt sich zusammen aus dem in Besitz bezw. dem Eigentum einer Person stehenden Vorrat wirtschaftlicher Güter. Nun ist zwar Gut ein wirtschaftlicher,[13]) aber kein juristischer Begriff, ebenso wie auch der Rechtsbegriff des Vermögens von Juristen verneint wird. So leitet Schöninger aus der Tatsache, dass der Begriff des Vermögens im B.G.B. nirgends nä-

[12]) Neumann in Schönbergs Handbuch 4. Aufl. Bd. I. S. 171 mit 184.

[13]) Der Gutsbegriff ist in der Wirtschaftslehre nicht einheitlich bestimmt. Dies ist von Bedeutung für die „wirtschaftliche" causa des Darlehns vgl. cap. II a.

[14]) Schöninger a. a. O. S. 73, mit a. W. es ist nicht durch rechtstechnische Begriffe feststellbar, ob eine Leistungstätigkeit einen Vermögenszuwachs bewirkt.

her bestimmt ist,[14]) die Folgerung ab, es bilde keine juristische Subsumtion, ob eine gewisse Tätigkeit des Leistenden für einen Andern einen Vermögenserfolg begründe, sondern dies sei lediglich nach der der Wirtschaftslehre angehörigen Bedeutung des Wortes Vermögen zu entscheiden.

Mit dieser Anschauung steht Schöninger ziemlich allein; der Begriff des Vermögens im Rechtssinne wird durchweg anerkannt[15]) wenn auch die Aufnahme des Gutsbegriffes als Vermögensbestandteil nicht allenthalben gebilligt wird.

Bekker[16]) führt aus, dass das Vermögen, welches der Jurist kennt, sich ausschliesslich aus Rechten gewisser zusammen setzt. Das juristische Vermögen umfasse keine andern Güter als jene Rechte und schliesse alle Sachen von sich aus. Die Sache, körperlich oder unkörperlich, sei Objekt von Rechten, die ins Vermögen gehören, aber selber kein Vermögensstück. Ein Begriff, in welchem Rechte und Sachen sich gleichgestellt zusammenfänden, verleugne an sich schon die wissenschaftliche Eleganz; er werde vollends unerträglich, sobald man die Consequenzen gezogen sehe, z.B. eine Vermögensübersicht, die nacheinander aufführe:

1) Die Rechte; Forderungen, Hypotheken, Eigentum,

2) Die Sachen, deren Eigentum unter 1 stehe. Es sei daher verwerflich, die Sachen als Inbegriff geldwerter Güter zu bezeichnen. Ebenso wie Bekker merzen andere Juristen den Gutsbegriff aus dem Vermögensbegriff vollständig aus.So ist nach Dernburg,[17]) mit dem Crome übereinstimmt, Vermögen die Gesammtheit der geldwerten Rechte einer Person. Mit dieser Definition verwischt sich indessen die wünschenswerte Klarstellung der Be-

[15]) Bekker, Berolzheimer, Crome, Dernburg, Gierke.
[16]) Bekker: Pandeoten I § 41 S. 139.
[17]) Dernburg. Lehrb. des bürg. R. Bd. I S. 317. Crome Bd. I S. 170

ziehungen zwischen dem Begriffe des „Gutes" und des „Rechtes."

Einen Versuch der Herausarbeitung der gegenseitigen Beziehungen unternimmt Puchta.[18]) Vermögen ist ihm der Inbegriff aller Rechte einer Person, welche sich direkt auf die äusseren Güter beziehen. Das Eigentum ist das Vermögen in seiner Ruhe und Stabilität, die obligatio in seiner Bewegung und Veränderung.

Schärfer treten die Grenzbeziehungen der beiden Begriffe bei Gierke[19]) hervor. Dieser fasst den Begriff des Vermögens in doppeltem Sinne auf. Im objektiven Sinne ist Vermögen ein Inbegriff körperlicher und unkörperlicher Sachen. In subjektivem Sinne ist Vermögen der Inbegriff der einem Vermögen in objektivem Sinne entsprechenden Rechte und Verbindlichkeiten. Zum Vermögen einer Person gehören demnach nicht alle ihre Rechte und Verbindlichkeiten, sondern nur diejenigen Rechte und Pflichten, deren Gegenstand als körperliche oder unkörperliche Sachen und deshalb als ein unpersönliches wirtschaftliches Gut vorgestellt wird.

Die Lösung bedeutet u.E. der von Berolzheimer[20]) aufgestellte, auf der Identität von Wirtschaft und Recht basierende Satz: Vermögen ist nicht nur ein wirtschaftlicher, sondern ebensosehr ein rechtlicher Begriff. Er ist gleichzeitig ein „juristisch-ökonomischer" Begriff. Das Vermögen, die private Rechtsmachtfülle einer Person zerfällt in seine Bestandteile.[21]) Alles, was Vermögen im rechts-

[18]) Puchta: Institutionen I § 23.

[19]) Gierke: Deutsches Privatrecht 1895 Bd. I S. 275 ff.

[20]) Berolzheimer in Hirths Annalen 1904 S. 447 ff.

[21]) Sohm a. a. O. S. 23 sagt: Das Vermögen zerfällt in seine aktiven Bestandteile. Für unsere Untersuchung ist zunächst eine mögliche doppelte Auffassung vom Vermögen ohne Belang: ob unter Vermögen der Nettowert dessen, was jemand hat, quod deducto aere alieno superest, oder das Vermögen, auf dem als Passiva die Schulden lasten, bezeichnet wird. Hier soll die Beziehung der res zu der Form des Vermögens-Zuwachses geprüft werden.

wirtschaftlichen Sinne sein kann, erscheint objektiviert als Gut. Entsprechend den 3 Grundarten der Vermögensbestandteile gibt es 3 Arten von Gütern des rechtswirtschaftlichen Verkehrs: 1) Sachgüter, deren formaljuristisches Correlat das Eigentum an körperlichen Sachen ist,

2) Gebrauchsgüter, deren formaljuristisches Correlat die dinglichen Rechte an fremder Sache sind und

3) Leistungsgüter, deren formaljuristisches Correlat die obligatorischen Rechte sind.

In ähnlicher Weise teilt Kohler[22]) das Vermögensrecht in das Recht der Schuldverhältnisse und in das Gegenstandsrecht — das Sachenrecht — ein.

Demnach sind die Formen des rechtswirtschaftlichen Vermögensverkehrs: Verschaffung von Eigentum, dinglichen Rechten an fremder Sache und Begründung von Forderungsrechten. Die Bezeichnung der res beim Darlehn als materieller Vermögenserwerb ist demnach nicht ausreichend, um das Gegensätzliche zwischen Real- und Consensualkontrakt zu veranschaulichen. Die Bezeichnung als Vermögensgeschäft lässt die Construktion des Darlehns als Consensualvertrag mittels Erwerbs eines Leistungsgutes, d.h. lediglich durch Begründung eines Forderungsrechtes zu.

Die Entscheidung muss daher lauten: Die res hat ein Sachgut zu verschaffen, dessen formaljuristisches Correlat das Eigentum ist; andernfalls ist die Auffassung des Darlehns als Consensualvertrag möglich. Die Verschaffung eines Gebrauchsgutes, dessen formaljuristischer Ausdruck das Recht an fremder Sache ist, scheidet aus, da das Recht an fremder Sache grundsätzlich nur ein Nutzungsrecht, nicht auch ein Verbrauchsrecht gewährt, wie

---

[22]) Kohler im Lehrb. des b. R. Bd. II S. 2. Nach Sohm S. 89 a. a. O. sind Vermögensrechte: dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte, Forderungsrechte.

es dem Darlehnsbegriffe eigentümlich ist. Es ist eine Verkennung der Beziehungen zwischen Realvertrag und Vermögensgeschäft, wenn die Realvertragstheoretiker zwar grundsätzlich Eigentumsverschaffung zur res verlangen, dann aber in einer freieren Auslegung der res jede Vermögenszuwendung für genügend erachten. Es fehlt hier die Auseinandersetzung zwischen dem Oberbegriff- Geschlechtsbegriff- des Vermögensgeschäftes und dem Unterbegriff- Artbegriff- des Eigentumserwerbsgeschäftes. So hat nach Staudinger- Kober[23]) die Hingabe des Darlehns auch dann als vollzogen zu gelten, wenn die Darlehnsvaluta aus dem Vermögen des Verleihers dem Entleiher abredegemäss zugeführt ist, ohne dass der Entleiher an den einzelnen Stücken der Hingabe besonderes Eigentum erworben hat. Ebenso bedeutet nach Leonhard-Eck[24]) der Empfang der Sache nicht bloss Uebergabe der Sache und Uebertragung des Eigentums, vielmehr sind beide nicht unbedingt erforderlich; der Empfang kann auch durch Gutschrift erfolgen.

Nur Oertmann[25]) versucht, soweit wir sehen, den Nachweis der Uebereinstimmung des Vermögensgeschäftes mit der Realnatur des Darlehns. Er behauptet, die Darlehnsbegründung mittels Gutschrift stehe mit der realen Natur des Darlehns in Einklang. Die herrschende Lehre verlange keineswegs die Notwendigkeit der realen Hingabe im Sinne einer Vertragsform, sondern nur so, dass sie die spezifische Darlehnspflicht an die materielle Ueberführung eines entsprechenden Wertquantums in das Vermögen des Empfängers geknüpft sein lasse. Und diese Ueberführung brauche sich nicht durch körperliche Hinwegnahme zu vollziehen. Da-

[23]) Staudinger-Kober Bd. II S. 363.
[24]) Leonhard-Eck: Vortr. I S. 506 ebenso Liebe Lehrb. des bürg. R. Bd. I S. 445.
[25]) Oertmann a. a. O. S. 578.

mit wird die Uebereinstimmung jedweder indirekten Valutaregulierung mit der Realnatur behauptet. Mit dieser Ansicht steht Oertmann nicht allein da. Er hat Vorgänger für das Gebiet des gemeinen Rechts. Hier vertraten z.B. v. Schey, Huschke, Ihering[26]) den Standpunkt, dass der Begriff der Vermögenszuwendung sich von der sinnlichen Form des Gebens emancipiert habe. Diese freiere Auffassung liess den Darlehnsvertrag perfekt werden, wenn die Uebergabe, obgleich sie an sich Eigentum nicht zu übertragen vermochte, dennoch denselben wirtschaftlichen Erfolg wie die Eigentumstradition für den Empfänger hatte, d.h. ihm für Rechnung des Gebers die Nutzung des Kapitals zuführte. Ihre historische Begründung, nicht Rechtfertigung entnimmt diese Ansicht den Stellen des röm. Rechts, welche Darlehnsbegründung durch indirekte Verschaffung der Darlehnsvaluta, z.B. durch Forderungsabtretung oder Anweisung für zulässig erachteten. Es waren dies Ulpian l. 15. D. h. t. Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam ereditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non accepisti. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in . . ., fernerhin African: l. 34. pr. D. M. item, quod si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat; id enim benigne receptum est, und Ulpian in l. 9 §8 D. h. t. „si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente te et ignorante, aristo scribit adquiri tibi condictionem — nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiratur obligatio.

Diese Stellen rechtfertigten die freiere Auffassung nicht. Denn eine consequente, den Grundgedanken des Realvertrages richtig erfassende Meinung nahm die Valuta

[26]) v. Schey a. a. O. S. 72, Huschke S. 26, Ihering in Ih. Ib. II S. 134, 138.

nicht eher an den Darlehnsnehmer als gezahlt an und betrachtete den Schuldner nicht eher als Darlehnsschuldner, als bis ihm die Forderung vom Drittschuldner bezahlt war.[27])

Für das B.G.B. hat sich bereits oben aus dem juristisch-ökonomischen Begriffe des Vermögens ergeben, dass man ohne nähere Kennzeichnung nicht lediglich von der materiellen Ueberführung eines Wertquantums reden darf, ohne die Art des Gutes zu bezeichnen, wenn man die Vermögensvermehrung zu einem Realkontraktsbegriff in Beziehung setzen will. Bezeichnet man die Ueberführung durch Gutschrift oder durch Anweisung als materielle Ueberführung, so gelangt man auf den Standpunkt des Consensualvertrages, wenn man die Entstehungszeit des Darlehns auf den Augenblick der Gutschrift oder der Anweisung — nicht auf den Zeitpunkt des Einganges der gutgeschriebenen oder angewiesenen Summe — verlegt. Die Begründung des Darlehns durch Gutschrift ist Ueberführung in das Vermögen des Entleihers durch Schaffung eines obligatorischen Rechtes gegen einen Dritten. Als Vermögensgegenstand steht es rechtlich auf der gleichen Stufe wie die Begründung eines obligatorischen Rechtes gegen den Darleiher auf Auszahlung der Darlehnsvaluta. Mag wirtschaftlich zuweilen ein Unterschied in dem Werte der verschiedenen Forderungsrechte bestehen, hinsichtlich ihrer juristisch-ökonomischen Struktur als Vermögensbestandteile stehen sich alle Forderungsrechte als Leistungsgüter gleich.

Zu dem gleichen Ergebnisse führt eine Prüfung der Valutaregulierung durch Gutschrift als „materielle Ueberführung eines Wertquantums."

Es ist in der landläufigen Sprache üblich, von „Wert"-

[27]) vgl. Heusners Annal. XXIV S. 45, Vangerow III § 623 Anm. 1. Koch: A. L. R. Bd. I S. 893.

darlehn zu sprechen, als Gegenstand des Darlehns einen Wert zu bezeichnen. Das Recht kennt nun ein positiven Wertbegriff nicht. In der Wirtschaftslehre gilt der Wert meistens als Vermögensgegenstand. Man hat bei einer deratigen „Wertung" des Wertes allerdings von denjenigen Autoren abzusehen, die dem Wertbegriffe jede Selbständigkeit ausser unserem Wert u r t e i l e absprechen, wie z.B. Simmel in der Philosophie des Geldes 1900: Ein Wert, abgesehen von unserem Werturteile, einen Wert als Selbständiges n e b e n unserem Werturteil bestehendes gibt es überhaupt nicht.[28]) Eine Folgerung dieser Ansicht ist z.B. die Definition des wirtschaftlichen Wertes von Schmoller:[29]) „Man wird den wirtschaftlichen Wert bezeichnen können als das durch Vergleichung und Schätzung entstandene B e w u s s t s e i n über das Mass von Bedeutung, welches das einzelne Gut oder die einzelne Arbeitsleistung gegenüber anderen durch ihre Brauchbarkeit und Beschaffenheit für die wirtschaftlichen Zwecke des Menschen hat." Im allgemeinen erkennt man aber dem Wert auch einen objektiven Gehalt zu als Gebrauchs- und Tauschwert und spricht daher von Gebrauchs- Tausch- Genuss- Erzeugungs w e r t e i n e r S a c h e.

Rechtlich kann der Wert indessen nicht wie in der Wirtschaftslehre d i r e k t als Vermögensgegenstand behandelt werden.[30]) Gierke[31]) will allerdings entsprechend dem Wirtschaftsbegriffe bald den Gebrauchswert und bald den Tauschwert für das Recht massgebend sein lassen. Der Gebrauchswert bestimmt sich nach Gierke nach dem

[28]) Vgl. auch Böhm-Bawerk: Die posit. Teorie des Kapitals S. 139. Goldschmidt H. R. Bd. II 1 Lief. S. 179. 1883.

[29]) Schmoller: Grundriss der allgemeinen Volkwirtschaftslehre 1904 Bd. I 2 S. 105.

[30]) Kohler: Lehrb. II S. 336, v. d. Koeppen: der oblig. Vertrag 1871 S. 127.

[31]) Gierke a. a. O. Bd. I S. 277, Goldschmidt H. R. II S. 70. Beseler: Deutsch. Pr. R. § 73.

Maasse der unmittelbaren Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse des Berechtigten durch die Sache. Der Tauschwert richtet sich nach der durch die Möglichkeit verkehrsmässiger Verwertung bedingten mittelbaren Verwendbarkeit der Sache zur Bedürfnisbefriedigung. Die Aufnahme beider Wertbegriffe — des Gebrauchs- und Tauschwertes — in das Recht verwirft Berolzheimer[32]). Berolzheimer will den Tauschwert als allein ausschlaggebenden Begriff für das Recht hinstellen, weil der Gebrauchswert in Abhängigkeit vom Tauschwert steht. Der Tauschwert ist nach ihm die Gebrauchsfähigkeit eines Gutes im juristisch-ökonomischen Verkehr, oder die Tausch- und Kaufkraft eines Gutes.

Auch diese Wertdefinition erscheint uns für das Recht nicht brauchbar. Würde man diese Definition für den Darlehnsgegenstand verwerten und z.B. von der materiellen Ueberführung der Tausch- und Kaufkraft eines Gutes in das Vermögen des Darlehnssuchers sprechen, so erhebt sich hiergegen dasselbe Bedenken, das v. Schley[33]) gegen die Bezeichnung der res als Capitalsüberlassung an sich hat: Durch die Bezeichnung der res als Capitalsüberlassung an sich würde die Zuwendung den Charakter des Capitals verlieren und zu einer über den Gütern schwebenden Abstraktion, zu einem Werte an sich werden. Soll der Wertbegriff für das Recht verwendbar werden, so muss die Wertüberführung konkret zum Ausdruck gebracht werden. Als solche kann sie aber in der Sprache des Rechts nur mittelbar bezeichnet werden als Zuwendung eines bestimmten Gutes. Für das Darlehn kommt, wie bereits ausgeführt die Zuwendung eines Sach- oder Leistungsgutes in Frage. Die Darlehnsbegründung mittels Gutschrift ist Verschaffung eines Leis-

[32]) Berolzheimer: Die Kulturstufen der Rechts- u. Wirtschftsphilosophie 1905 Bd. 5 S. 115.

[33]) v. Schey a. a. O. S. 23.

tungsgutes durch Begründung eines obligatorischen Rechtes gegen einen Dritten, den Banquier. Sie ist nicht mehr und nicht weniger „materielle Ueberführung eines entsprechenden Wertquantums in das Vermögen des Empfängers" wie die Begründung eines obligatorischen Rechtes gegen den Darleiher auf Auszahlung der Darlehnsvaluta. Beide sind hinsichtlich ihrer juristisch-ökonomischen Structur als Wertträger Leistungsgüter.

Dass die materielle Ueberführung eines Wertquantums durch Gutschrift mit dem Wesen des Realvertrages nicht in Einklang zu bringen ist, wird von manchen Realvertragstheorethikern auch richtig erkannt. Schöninger erkennt zwar, wie ausgeführt, einen Begriff des Vermögens im Rechtssinne nicht an, sondern überlässt die Auslegung des Wortes Vermögenserwerb lediglich der Wirtschaftslehre. Der von ihm bei der Darlehnslehre entwickelte Begriff[34]) des Leistungsgeschäftes deckt sich indessen bei der Subsumtion unter unsern Vermögensbegriff mit der Verschaffung eines Sachgutes. Denn Gegenstand der Leistung beim Darlehn kann nicht jede Vermögenszuwendung, sondern nur die Hingabe von vertretbaren Sachen im Sinne des § 91 B.G.B. sein. Ueberall kommt es nicht auf die rechtliche Form der Hingabe oder Zuwendung, sondern auf den Erfolg an, dass der Empfänger das Erhaltene als Bestandteil seines Vermögens erlangt hat. Naturgemäss ist hiernach die Begründung eines Darlehns durch Anweisung eines Dritten nicht ausgeschlossen. A kann seinen Schuldner B, der dem A 500 M zahlen will, anweisen, diese Summe unmittelbar dem C zu übergeben, welchem A ein Darlehn geben will. Aber das Darlehn kommt hier nicht bereits mit der Begründung des obligatorischen Anspruches des Darlehnsempfängers gegen den Dritten, sondern erst mit der tatsächlichen

[34]) Schöninger a. a. O. S. 140, 141, 145, 149.

Leistungsbewirkung von B an C zustande. Nicht die Vermögenszuwendung in irgend einer Form, sondern erst der Effekt der Vermögenszuwendung, der Vermögenszuwachs an Geld oder vertretbaren Sachen macht die Leistung aus.

Eine gleiche Auffassung vertritt Neumann[35]) für den Fall der Darlehnsbegründung durch Forderungsabtretung oder Anweisung. Soll die Darlehnsvaluta bei einem Dritten auf Grund einer Forderungsabtretung erhoben werden, so entsteht die Darlehnsforderung erst mit der Zuführung der Valuta in das Vermögen des Anleihers.

Ich folgere mich also dahin: Die Möglichkeit der Darlehnsbegründung durch Forderungsabtretung und Gutschrift zwingt zur Annahme des Darlehns als eines Consensualvertrages.[36]) Dass die Annahme des Darlehns als Realvertrag auch kein Gebot der Logik ist, wird von Realvertragstheoretikern zugegeben. Dies sagt z.B. Crome[37]), der aber trotzdem auf dem Boden des Realvertrages steht. Es sprechen nach ihm 3 Gründe für die Construktion des Realdarlehns:

1. Die positive Entscheidung der Controverse im neusten Recht, dem B.G.B.,
2. Gründe der historischen Entwickelung, und
3. Der praktischen Brauchbarkeit des Resultates.

U. E. sind die von Crome behaupteten Gründe, die zur Annahme einer Realnatur des Darlehns zwingen sollen, nicht vorhanden.

a. Die positive Entscheidung im B.G.B. Bei strikter

---

[35]) Neumann: Anm. zu § 607 B. G. B. 2 c.

[36]) Das Rg. Bd. 12 S. 366 bezeichnet das Darlehn für das franz. Recht als Consensualvertrag. Zu dem gleichen Resultat kommt Schlossmann S. 70 ff. für das B. g. B. auch auf folgendem Wege: Durch die Sanktion der bindenden Kraft eines pactum de mutuo dando ist der Darlehnsvertrag zum Konsensualvertrag geprägt.

[37]) Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte S. 368.

Auslegung der Wortbedeutung des Gesetzes ist das Darlehn Realvertrag. § 607 B.G.B. bestimmt: „Wer Geld oder vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat."

Empfangen leitet seinen Ursprung von „fangen" ab und bedeutet in erster Linie sinnliches Ergreifen, Hinnehmen mit der Hand, etwas in seine Gewalt bekommen, so fassen, dass man es hat, sei es unmittelbar, sei es mit Hülfe eines Werkzeuges.[38]) Die gewöhnliche Sprache sieht demnach in dem Gegenstand des Empfangens einen Gegenstand der Aussenwelt im Gegensatze zu dem Nichtsinnlichen, z.B. der Forderung. Auch wenn man die weitere Bedeutung des Wortes empfangen ins Auge fasst, die des blossen Hinnehmens und Erhaltens, wobei der Begriff des Greifens zurücktritt, bleibt Objekt des Empfangens das Sachgut, dessen formaljuristisches Correlat das Eigentum ist.

Dieser Auffasung war auch E I zum B.G.B., welcher im § 453 Abs. 2 bestimmte:
„Ist der Empfänger durch die Darleihung nicht Eigentümer geworden, so ist der Darlehnsanspruch gegen ihn nicht begründet."

Mit der Aufstellung des Eigentumserfordernisses als Element der Darlehnsbegründung stellte sich der E. I auf den Boden des altrömischen Darlehn mutuum appelatum est, quia, quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fiat. — Gaius III. 90 I. 2 § 2 D. de reb. cred. —
Theophilus: in Paraphras. Graec. Institut. Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. III. p. 616 der Reitz. Ausg.

Δάνειον δὲ ἔστι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσδαι δεσπότην εἶναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον οὐκ εἰς ἀντὰ ταῦτα, ἀλλ' εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποσάσεως καὶ ποσότητος i. l.
mutuum autem est, ut accipiens fiat dominus, sed

[38]) vgl. die Wörterbücher der deutschen Sprache von Sanders 1860 und Heyne 1905.

nobis obligatum sit non in eadem illa, sed in alia eiusdem substantiae et quantitatis rei. In den Basiliken heisst es ausdrücklich Tom. III. Lib. Lib.XXIII Tit. I. constit. 2 § 3 p. 220 τὸ δε δάνειον μετατίθησι δεσποτείαν i. l. mutuum autem dominium transfert.

Eine mit der Auffassung des Entwurfes übereinstimmende Regelung findet sich in den Motiven Bd. II. S.307: „Wird dem Empfänger durch die Hingabe nicht Eigentum verschafft, so liegt ein giltiges Darlehn nicht vor." Die 2. Commission strich diesen Satz auf Grund der Erwägung, dass die Bestimmung teils selbstverständlich, teils unrichtig sei, letzteres insofern, als der Empfang der Darlehnsumme ohne direkte Hingabe, z.B. durch Umschreibung auf Girokonto herbeigeführt werden könne.[39]) Hiernach kann das Wort „empfangen" nicht mehr in dem strikten Sinne der Verschaffung eines Sachgutes ausgelegt werden. Andernfalls wäre die Valutaregulierung durch Gutschrift mit dem Wortlaute nicht in Einklang zu bringen. Die streng philologische Auslegung und Erläuterung einer Gesetzesstelle wird zudem dem Geiste des Gesetzes nicht zurecht. Die philologische Darstellung der Rechtssätze erschöpft ihren Inhalt nicht und sie schraubt unwillkürlich das Rechtsleben in ein Stadium zurück, dessen Wirklichkeit verschwunden ist.[40])

Die Prüfung nach der Realnatur des Darlehns hat sich auf die Auslegung des § 607 Abs. 1 zu beschränken, und darf den § 607 Abs. 2, bei dem die Consensualnatur es „umgewandelten" Darlehns u. E. offen zu Tage tritt, nicht mitberücksichtigen. Der Abs. 2 des § 607 darf nämlich in die Darlehnsdefinition nicht mit einbezogen werden. Jede Definition muss einer conversio simplex fähig sein. Eine

[39]) Prot. II S. 168.
[40]) Rösler a. a. O. S. 341.

Definition ist nur dann adäquat, wenn das definiens und das definiendum Wechselbegriffe sind, die denselben Umfang haben.[41]) Die allgemeine Definition des Darlehns lautete im gemeinen Recht: Ein Darlehn geben heisst: Jemanden eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigentum geben mit der Auflage, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben. Setzt man das definieus an die erste Stelle, so ergibt sich: wenn ich jemanden eine Quantität vertretbarer Sachen zu Eigentum gebe mit der Auflage, eine gleich grosse Quantität gleicher Sachen zurückzugeben, so liegt ein Darlehn vor. Nach den Regeln der conversio kann man unter Einbeziehung des Abs. 2 § 607 aber nicht sagen: Jedesmal, wenn ein Darlehn vorliegt, werden vertretbare Sachen zu Eigentum übertragen mit der Auflage, eine gleiche Quantität gleicher Qualität zurückzugeben.

Trotzdem will Krahmer[42]) aus der Tatsache des Vorhandenseins des § 607 Abs. 2 schliessen, dass durch die Schuldumwandlung ein „echtes, wirkliches Darlehn" entsteht und er zieht aus dieser positiven Bestimmung ohne weiteres Folgerungen auf die Contraktsnatur des Darlehns. Dadurch gerät Krahmer in Widerspruch mit den Gesetzen der Erkenntnislehre, insbesondere denjenigen des Identitätsschlusses.[43]) Aus der Gleichstellung der Wirkungen des reinen Darlehnsgeschäftes und des Umwandlungsvertrages ergibt sich nämlich eine begriffliche Verschmelzung der Geschäfte noch nicht. Darlehn aus § 607 Abs. 1 und

[41]) Ueberweg: Logik §§ 85 und 62, Meumann a. a. O. S. 32.
[42]) Krahmer a. a. O. S. 33, 34.
[43]) Wundt: Erkenntnislehre Bd. 1 S. 321. Krahmer beruft sich für die Einbeziehung des Abs. 2 auf die Bemerkung Endemanns (B. g. B. I § 184 3/4 Aufl.) „Abs. 2 wolle die Bedenken abschneiden, welche sich nach bisherigen Rechte gegen die Zulässigkeit und Wirksamkeit eines Vertrages, der die Umwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld enthielt", m. E. m. Unrecht. Endemann spricht lediglich über die rechtliche Zulässigkeit eines Umwandlungsvertrages, er giebt aber keine Diagnostizierung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes dieses Vertrages.

Umwandlungsgeschäft aus § 607 Abs. 2 dürfen nicht ohne weiteres als Artbegriffe unter dem Geschlechtsbegriffe Darlehn vereinigt werden. Er ist bei der Untersuchung der rechtlichen Natur beider Geschäfte nach den naturwissenschaftlichen Gesetzen der Homogeneität und Spezifikation zu verfahren. Das letztere fordert, dass die unter einem vielumfassenden Geschlechtsbegriff vereinigten Gattungen wohl unterschieden werden. Kant sagt in dieser Beziehung — Krit. der rein. Vern. der Methodenl. 3. Hauptst. — Es ist von der äussersten Erheblichkeit, Erkenntnisse, die ihrer Gattung und Ursprung nach von anderen unterschieden sind, zu isolieren und sorgfältig zu verhüten, dass sie nicht mit andern, mit welchen sie im Gebrauch gewöhnlich verbunden sind, zusammenfliessen.

Dieser Satz hat auch für die Jurisprudenz anerkannte Gültigkeit.

Es kann aber auch § 607 Abs. 1. nicht als den Darlehnsbegriff erschöpfend angesehen werden. Denn es lag gar nicht im Sinne des Gesetzgebers, im § 607 eine Definition des Darlehns zu geben. Die Motive II. S. 306 betonen dies ausdrücklich, mit der Begründung, eine Definition des Darlehns erschien entbehrlich, weil der Darlehnsbegriff sich im Rechtsleben eingebürgert habe. Durch die Fassung „wer empfangen hat" sollte nur zum Ausdruck gebracht werden,[44]) dass die Erstattungspflicht notwendig den vorherigen Empfang des Darlehns voraussetzte. Es bestand aber bei den gesetzgebenden Faktoren kein Bedürfnis, in Erledigung des wissenschaftlichen Streites den Darlehnsvertrag als Consensual- oder Realvertrag zu bezeichnen. Er ergiebt sich demnach die von der Ansich Crome's abweichende Folgerung: Das Gesetz enthält k e i n e Entscheidung der Controverse.

[44]) Mater. Bd. II S. 170.

2. Auch Gründe der historischen Entwickelung lassen u.E. nicht nur die Annahme des Darlehns als Consensualvertrag zu, sondern zwingen direkt zur Construktion des Consensualdarlehns. Im ältesten röm. Recht war das Darlehn als Consensualvertrag ungültig und undenkbar. Ausser den vier Consensualverträgen Kauf, Miete, Sozietät und Mandat, die nuda pactione gültig waren, musste zu der Vertragseinigung noch etwas hinzutreten, um die Klagbarkeit zu erzeugen, so beim Darlehn die res. Das spätere röm. Recht ebenso wie das gemeine Recht standen aber grundsätzlich auf dem Boden der Formfreiheit der Verträge und erkannte die Klagbarkeit auch ohne res an. Das Darlehn fasste man allerdings überwiegend als Realvertrag auf.[45]) Die historische Notwendigkeit einer res für das Darlehn des B.G.B. stützt Crome nun auf die Erwägung, dass „das Erfordernis der res, das ehemals aus einer allgemeinen Regel folgte, bei Aenderung dieser Regel dennoch bis zu einem gewissen Grade fortbesteht, weil es aus anderem Grunde als Ausnahme der neuen Regel eine selbständige Existenzberechtigung hat."

Diese selbständige Existenzberechtigung ist nicht mehr vorhanden, sobald man den Tatbestand der res als materielle Ueberführung eines Wertquantums in das Vermögen des Empfängers so weit ausdehnt, dass darunter auch die Valutaregulierung durch Gutschrift oder sonstige Arten indirekter Valutaregulierung fallen. Damit entfällt auch der Grund für Beibehaltung der res als Ausnahme der neuen Regel.

[45]) Das Darlehn wird als Realvertrag bezeichnet von Dernburg. B. R. II S. 204, Cosack a. a. O. S. 502. Endemann II S. 204. Crome: partiar. Rechtsgesch. S. 368. Liebe: Bd. I S. 446, Oertmann, Staudinger-Kober, Neumann zu § 607.
Einen Consensualvertrag nehmen an: Kohler im Arch. f. b. R. II S. 211 f. Lehrb. b. R. II S. 339, Stobbe H. B. des deutsch. Pr. R. Bd. III S. 69. Affolter: Arch b. R. Bd. 26, S. 1 f. Lammfromm a. a. O. Storch: Der heutige Darlehnsvertr. S. 57,72, Goldschmidt, Rösler.

Abschluss des Darlehns als Consensualvertrag.

Als Consensualvertrag kommt das Darlehn lediglich mit der Uebereinstimmung zweier Personen, ein Darlehn zu geben und zu nehmen zustande.

Bedeutung der res beim Consensualdarlehn.

Die res ist beim Consensualdarlehn nicht mehr juristische Notwendigkeit der Darlehnsverpflichtung. Sie verliert ihre Eigenschaft als formelles Erfordernis, als Qualitätserfordernis und konstitutives Element des Darlehnsvertrages, sie bleibt aber materielle, denknotwendige Voraussetzung der Darlehnsverpflichtung. Die letztere Eigenschaft äussert sich ebenso wie beim Mietsvertrage, den das B.G.B. ausdrücklich als Consensualvertrag anerkennt, darin, dass der Beklagte — sei er Mieter oder Darlehnsnehmer — zur Herausgabe der Sache erst verurteilt werden kann, wenn er die Sache erhalten hat. Die Herausgabepflicht ist eine Pflicht, die nicht primär durch den Vertrag, sondern sekundär infolge Beginns der Leistung seitens des einen Contrahenten dadurch entsteht, dass das Objekt tatsächlich eingeräumt wird. Dies hindert andererseits nicht die Uebernahme einer Herausgabe- und Zinszahlungspflicht vor Uebergabe des Objektes. Insoweit sind also beide Verträge — Miete und Darlehn — durch ein konsensuales und ein reales Moment — die Uebergabe einer Sache — gebildet.[46])

---

[46]) cf. E. R. G. Bd. 12 S. 98: Die „Entstehung" der Verpflichtung zur Rückgabe eines Darlehns hängt davon ab, dass der Gläubiger dem Schuldner die Summe ausgezahlt habe.
Das Darlehn fassen als Consensualvertrag auf noch: Siebenhaars Commentar für das bürg. Gesetzb. für das Königr. Sachsen Bd. II (bearbeitet von Poschmann), Förster: Theorie und Praxis. S. 325. Endemann: Das deutsche Handelsrecht § 138.

Consensualvertrag und Vorvertrag.

Mit der Construktion des Darlehns als Consensualvertrag schwindet die Notwendigkeit der Annahme eines besonderen Vorvertrages zum Darlehnsvertrage.

Fasst man das Darlehn als streng einseitigen Realvertrag auf, so ist die Annahme eines besonderen Vorvertrages bezw. Vorverpflichtungsvertrages allerdings unerlässlich, wenn jemand sich verpflichten will, ein Darlehn zu geben. Wo das Hauptgeschäft ein streng einseitiges ist, kann es nicht zu einem wechselseitigen umgeformt werden, ohne Natur und Typus zu ändern.[47]) Beim Darlehn als Consensualvertrag sind die Wirkungen des Vorvertrages zum Realvertrage durch die bindende Offerte zu erreichen,[48]) sodass es der Construktion eines besonders gearteten Verpflichtungsvertrages nicht mehr bedarf.

Das Darlehn kann als Consensualvertrag in einer dem einseitigen Vorvertrage zum Realvertrage ähnlichen Form auftreten. Es kann nämlich als einseitig bindender Vertrag, als hinkender Vertrag abgeschlossen werden. In diesem Falle ist es in das Belieben des einen Teiles gestellt, ob er das Darlehn will oder nicht. Die sofortige „Akuellität" des Darlehns hängt von dem freien Wollen des einen Contrahenden ab. Die Gestaltung des Rechtsverhältnisses ist hier so,[49]) dass beide Teile allenfalls verpflichtet sind; gibt der eine hierzu befugte Teil eine Erklärung ab, z.B. dass er die Darlehnshingabe verlange, so wird die allenfalsige Verpflichtung des anderen Teiles zu einer wirklichen. Einen derartigen Darlehnsvertrag konstruieren sowohl Kohler wie Schlossmann, m.E. mit Recht. Nach Schlossmann kann insbesondere das Darlehn als synallagmatischer Vertrag in der Weise fest abgeschlossen

[47]) Landsberg B. R. Bd. I S. 211.
[48]) Schlossmann a. a. O. S. 8 ff.
[49]) Kohler. Lehrb. b. R. Bd. II S. 234, 235, Schlossmann.

werden, dass nur der eine Teil gebunden wird, der andere dagegen frei bleibt, sodass jener die ihm zugesagte Gegenleistung nicht fordern, alsdann aber die seinige, solange er diese nicht erhält, zurückhalten, die vom Gegner ihm freiwillig gemachte Leistung aber behalten darf. Eine derartige einseitige Gebundenheit kann sowohl auf Seiten des Creditnehmers wie Creditgebers vorhanden sein. Andererseits kann der Vertrag auch sofort zweiseitig und sofort aktuell sein.[50]) Wird der Vertrag in der Form des sofort zweiseitigen Vertrages abgeschlossen, so hat es jeder der Contrahenten in der Hand, die Verpflichtungen ins Laufen zu bringen. Der Kapitalist kann unter Anbieten der Darlehnssumme Zinsen verlangen, ebenso wie der Creditnehmer berechtigt ist, die Uebergabe des Kapitals zu fordern. Es ist eine quaestio facti, ob der Vertrag in der Form des hinkenden — einseitig bindenden — oder sofort zweiseitigen Vertrages zustande kommt.

Das Darlehn kann, wie ausgeführt, als Consensualvertrag vorkommen; es kann indessen auch als Uebergabedarlehn gewollt sein. Die Entscheidung, ob Consensual- oder Realdarlehn hängt davon ab, ob die Parteien eine Verpflichtung erst durch das Geben und Nehmen oder bereits vorher haben begründen wollen.[51]) Ist das Darlehn Vereinbarungsdarlehn, so enthält es keinen Vorvertrag zum Darlehnsvertrag. Es vereinbaren die Parteien nicht, dass am Tage der Valutaregulierung ein Darlehnsvertrag abgeschlossen werden soll. Der Creditgeber verspricht nicht, Geld zu zahlen und dafür der Creditnehmer, dass er bei der Auszahlung des Geldes die Rückzahlung versprechen werde. Vielmehr gaben beide bereits jetzt definitive, entgültige Versprechen ab, der Cre-

[50]) Fasst man das Darlehn als Realvertrag auf, so ist ein zweiseitiger Vorvertrag ebensowenig wie der einseitige innerhalb des Tppus„Darlehnsvertrag" denkbar. Der zweiseitige Vorvertrag fällt nach Bechman Kauf II S. 283 stets mit dem Hauptvertrage zusammen.

[51]) Windscheid § 312 Anm. 5.

ditnehmer verspricht die Rückzahlung, er verspricht nicht, versprechen zu wollen. Der Kreditnehmer ist nunmehr auf Grund des Angebots des Creditgebers ebenso wie der Mieter nach der Verfügungstellung der Mietsache gebunden.

Bei der Construktion des Darlehns als Consensualvertrag ist die Annahme eines Vorvertrages zum Consensualvertrag ausgeschlossen, es verschwindet jede begriffliche Trennung zwischen dem pactum de mutuo dando und dem Darlehnsvertrag. Man kann diese historisch überlieferte Unterscheidung immerhin auch heute noch zulassen, darf dann aber unter diesen beiden Ausdrücken nicht an zwei verschiedene Verträge, sondern an ein und denselben Vertrag, in den verschiedenen Phasen seiner Entwickelung denken, nämlich v o r der Uebergabe als pactum de mutuo dando und als Darlehnsreal-Vertrag n a c h der Uebergabe.[52]) Lammfromm, der das Darlehn als Consensualvertrag bezeichnet, stellt allerdings noch folgende Grenzlinien zwischen dem pactum de mutuo dando und dem darlehnshalber abgegebenen Kapitalversprechen auf: Bezwecken die Contrahenten mit dem Vertrag dem Versprechensempfänger den schon in der Forderung selber unabhängig von ihrer Solution liegenden Kapitalswert zu verschaffen, so soll ein darlehnshalber abgegebenes Versprechen, ein Darlehn vorliegen; handelt es sich dagegen lediglich um die Sicherung der Anwartschaft auf künftige Kapitalsverschaffung, so soll im Zweifel ein pactum de mutuo dando angenommen werden. Diese von Lammfromm vorgeschlagene Scheidung ist in der Praxis vollständig undurchführbar. Es gibt kein Mittel, nach welchem sich im Einzelfall eine Beurteilung ermöglichen lässt, ob dem Darlehnssucher bloss der in der begründeten

[52]) Dankwardt a. a. O. S. 37. Plathner: Deutsche Gerichtszeitung 1863 S. 51. Schlossmann.

Forderung unabhängig von ihrer Solution liegende Kapitalswert oder das Kapital selbst gegeben werden soll. Nirgendwo kann eine Vertragsinterpretation so schwer sein als dort, wo ein derartiges Promissionsdarlehn das Licht der Welt erblickt. Crome führt zutreffend aus, dass ein so „transzendentaler Gebrauch", wie er in der Einheimsung eines derartigen Capitalsversprechens liegt, auch den Bedürfnissen des verschämtesten Darlehnsnehmers kaum genügen dürfte.[53])

Consensuale Elemente im Darlehnsrealvertrag.

Kommt das Darlehn als Realvertrag zustande, so kann die Darlehnsbegründung durch res konsensuale Elemente enthalten, die über den Umfang des für die sogenannten Realkontrakte essentiellen Inhaltes der Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen res hinausgehen. Es gelangen nämlich nicht nur diese Rückgabeabrede, sondern auch die übrigen bei der Hingabe erfolgten Abreden zu rechtlicher Anerkennung.[54])

c. Folgerungen.

Die Motive und v. Schey[55]) folgen für das Consensualdarlehn, hier erscheine die Klage des Darleihers auf Rückzahlung des Kapitals durch die blosse Verabredung substanziiert, ohne dass die Behauptung der erfolgten Darleihung nötig wäre. Erst der Einwand des Beklagten, die Valuta nicht empfangen zu haben — exceptio non adimpleti contractus — würde den Kläger zum Beweise nötigen.

[53]) Crome in part. Rechtsg. S. 372.

[54]) Für den Darlehnsrealsvertrag dürfte mit dieser Tatsache ein Grund für die Ansicht Thöls — H. R. 6. Aufl. § 272 S. 281 — sich ergeben, dass jedem Gebern des Darlehns der acceptierte Wille vorausgehe, also stets ein Vorvertrag vorhanden sei. Ebenso Sintenis Civilr. § 108 u. 6. A. A. Cohn a. a. O. S. 844.

[55]) Motive II S. 308, v. Schey a. a. O. S. 38.

Diese Folgerung ist unrichtig. Sowohl beim konsensualen wie beim realen Darlehn gehört zur Substanziierung der Klage auf Rückzahlung der Darlehnssumme die Behauptung der Auszahlung der Darlehnsvaluta als fundamentum actionis.[56]) Denn erst durch die Auszahlung der Darlehnsvaluta ist die sekundäre Pflicht des Nehmers unbedingt geworden. Ein Unterschied in der Substanziierung ist allerdings vorhanden. Beim realen Darlehn muss die Auszahlung der Valuta zum Zwecke der Darlehnsbegründung — causa obligandi —, beim konsensualen Darlehn die Hingabe zum Zwecke der Erfüllung des Darlehnsversprechens — causa solvendi — behauptet werden.[57]) Die Substanziierungspflicht liegt beim Consensualdarlehn ebenso wie beim Mietsvertrage. Der Mietsvertrag ist ebenfalls Consensualvertrag, aber aus dieser Natur folgt keineswegs, dass der Anspruch auf Rückgewähr der vermieteten Sache ohne Nachweis der Uebergabe an den Mieter für begründet erachtet werden darf.

2. Makellohn.

Man hat fernerhin aus der Möglichkeit des consensualen Abschlusses des Darlehnsvertrages gefolgert, dass der Mäkler den Lohn für Darlehnsvermittlung bereits fordern kann, wenn das Darlehnsversprechen abgegeben ist, also vor, bezw. ohne Auszahlung der Valuta. Dieser Satz ergibt sich argumentum e contrario aus der Ansicht derjenigen Realvertragstheoretiker, welche wie z.B. Cosack[58]) das Recht auf den Makellohn für den Darlehnsrealkontrakt erst mit Auszahlung der Valuta entstehen

[56]) Lammfromm S. 218. Schlossmann S. 72.

[57]) Nach A. L. R. I. Tit. 11 § 661, das in § 654 die Klagbarkeit des Darlehnsvorvertrages festlegte, geschah die Hingabe der Darlehnssumme nicht solvendi causa der Vorvertragspflicht, sondern obligandi causa zwecks Vollziehung des Darlehnsvertrages. § 661 bestimmte: Ist der Darlehnsvertrag selbst durch Zahlung der versprochenen Summme vollzogen".

[58]) Cosack B. R. I § 142, H. R. S. 248.

lassen. Zu einem genau entgegengesetzten Resultat kommt Düringer-Hachenburg,[59]) der das Darlehn ebenfalls als Realvertrag bezeichnet. Die Ausführung des Geschäftes berührt nach Düringer-Hachenburg den Handelsmäkler an und für sich nicht. Für die Realverträge, insbesondere das Darlehn gilt keine Ausnahme, selbst wenn die Erfüllung des Vertrages seitens einer Partei zum Geschäftsabschlusse gehört. Vielmehr wird der Anspruch des Mäklers nicht dadurch berührt, dass die eine Partei das Darlehn nicht annimmt, oder die andere Partei nachträglich den zugesagten Credit versagt. Das Richtige liegt u. E. in der Mitte; Der Makellohn kann bereits im Augenblicke des Versprechens, er kann aber auch je nach den Umständen erst mit der Auszahlung der Valuta verdient sein. Ersteres ist für den Fall des Vereinbarungsdarlehns, letzteres für das Uebergabedarlehn anzunehmen. Was im einzelnen Falle gemeint war, ist eine quaestio facti.[60])

3. Abtretbarkeit des Creditnehmeranspruchs.

Aus der Natur des Darlehns als Consensualvertrag folgt: Der Anspruch des Darlehnsempfängers kann für die Regel abgetreten werden. Beim Darlehnsrealvertrag ist für eine Abtretung aus dem Grunde kein Raum, weil vor der effektiven Auszahlung ein abtretbarer Anspruch auf Auszahlung nicht besteht. Auch der Anspruch aus dem pactum de mutuo dando ist nicht übertragbar. Würde man hier die Abtretbarkeit bejahen, so würde für den Hauptvertrag eine ganz andere Persönlichkeit eingeschoben werden. Dies wäre eine unzulässige Veränderung des Vertragsinhaltes. Der Anspruch desjenigen, welchem ein Anderer zur Gewährung eines Darlehns verpflichtet ist, ist auf eine Leistung gerichtet, welche beim Darlehn als Re-

[59]) Düringer-Hachenburg: H. R. Bd. I S. 304.
[60]) Kohler. Lehrb. II S 336.

alvertrag credendi causa, d.h. mit der Wirkung erfolgen soll, dass der Empfänger Schuldner des Gebers wird. Diesen Erfolg kann der aus dem pactum de mutuo dando Berechtigte aber nicht durch Abtretung seines Anspruches an ein Dritten herbeiführen, weil er nicht imstande ist, ohne Einwilligung des zukünftigen Darlehnsgläubigers einen anderen Schuldner einzusetzen.[61]) Ausnahmsweise erachtet man auch beim Darlehn als Realvertrag eine Abtretung für zulässig, wenn die Auszahlung an den Zessionar als Auszahlung an den Cedenten betrachtet werden soll, der Darlehnsvertrag also gleichwohl mit dem Empfänger des Darlehnsversprechens abgeschlossen wird.

Die Forderung aus dem Consensualdarlehn ist hingegen im allgemeinen abtretbar und pfändbar. Durch die Abtretung wird das Darlehnsgeschäft im übrigen nicht berührt. Darlehnsschuldner wird nicht der Zessionar, sondern der Cedent.[62]) Als Ausnahme kann sich beim Darlehnskonsensualvertrag die Unzulässigkeit der Abtretung aus § 399 B.G.B. ergeben. Anzunehmen ist die Unabtretbarkeit bei dem sog. Baugelderdarlehn. Die Abtretung eines Baugelderdarlehnanspruches enthält eine erhebliche Zweckentfremdung der Darlehnshingabe und damit eine Abänderung der Vertragsinhaltes, die der Genehmigung durch den Gläubiger bedarf.

4. Compensabilität.

Kann beim Consensualdarlehn der Darlehnsgläubiger sich von seiner Leistungspflicht durch Aufrechnung statt durch Zahlung befreien? Dies folgern z.B. Eccius[63]) und die Motive aus der Natur des Consensualvertrages. Wäre dies richtig, so ergäbe sich für den Creditnehmer die

[61]) Oertmann, Staudinger-Kober, Neumann zu § 607. Ebenso Windscheid-Kipp, Eck-Leonhard: Vortr. I S. 507, Liebe I 449, Seuff. Arch: Bd. 25 S. 29. R. G. E. Bd. 38. S. 311.

[62]) Lammfromm, Kohler II 339.

unangenehme Consequenz, dass sich die Schuld wieder seinen Willen in einer Darlehnsschuld verwandeln könnte. Sie ergibt sich aber keineswegs aus dem Darlehnsvertrag als Consensualvertrag. Die Aufrechnung durch den Darlehnsgläubiger ist unzulässig, weil die Aufrechnung mit dem Darlehnszweck unvereinbar ist. Dieser besteht darin, dem Schuldner die Nutzung von Fungibilien auf eine gewisse Zeit zu gewähren.[64])

Cap. II.

Die Darlehnscausa.

a. Ueber causa im allgemeinen.

Die herrschende Lehre entsteht unter causa in einem weiteren Sinne den Verpflichtungs- oder Rechtsgrund, aus dem ein Obligation entstanden ist oder entstehen kann. Das römische Recht kannte in diesem Sinne hauptsächlich 2 Causa-Arten: Contrakt und Delikt. Die Rechtsfolge ist hier dadurch individualisiert, dass die eine bestimmte Tatsache immer ein ganz bestimmte Rechtsfolge nach sich zieht.[65])

In einem engeren Sinne versteht man unter causa nicht den objektiven Entstehungsgrund der Obligation, der als solcher die real gewordenen Tatsachen im Gegensatz zu den bloss vorgestellten vorstellt, sondern man fasst ihn als etwas Subjektives auf, als Zweck, den die Parteien einer Vermögenszuwendung zu Grunde legen.

[63]) Eccius Pr. Pr. II S. 237. M. II S. 306.
[64]) Kohler Lehrb. II S. 339. O. L. G. Dresden: Mugdan III S. 93.

Nicht jeder mögliche Zweck, der durch die Handlung der Parteien herbeigeführt werden soll, ist causa, ist Beweggrund im Rechtssinne. Jeder Entschluss und jede Handlung ist im Normalfall auf einen Willensaffekt zurückzuführen.. Diese Affekte können verschiedener Art sein und in mannigfachen Graden auftreten. Der Affekt mag einen wirtschaftlichen, geistigen oder moralischen Untergrund haben, vom Spekulationsgelüste, Erwerbssinn, Fortbildungstrieb, Liebe, Freundschaft, sozialem Empfinden, Zorn, Trauer, Hass eingegeben sein. Die Zahl der individuellen Antriebe ist zu mannigfaltig, um sich in bestimmten Kategorien einteilen zu lassen, wie dies seitens des Kirchenvaters Augustinus geschehen ist. Dieser hat die affectiones animi in de civit. Dei, Lib. XIV C. 6 in 4 Kategorien, nämlich cupiditas, timor, laetitia, tristitia gebracht: voluntas est quippe in omnibus, immo omnes nihil aliud quam voluntates sunt: nam quid est cupiditas et laetitia, nisi voluntas in eorum consensionem, quae volumus? et quid est metus atque tristitia, nisi voluntas in dissensionem ab his, quae volumus. Soweit der Affekt ein rein innerlicher bleibt und in dem Rechtsgeschäftstatbestand nicht erkennbar hervortritt, bleibt er für die Bestimmung der causa und damit des rechtlichen Charakters der Obligation ohne wesentliche Bedeutung, ja er ist in der Regel ohne jede Bedeutung[66]) L. 3. § 7 de cond. c.d. c.n. s. 12,4 spricht in einem noch heute gültigen Sinne von dieser rechtlichen Bedeutungslosigkeit des „tatsächlichen inneren Anstosses" quam quam constet, cum qui dedit, ea spe, quod se ab eo, qui acceperit renumerari existimaret vel amiciorem sibi esse futurum repetere non posse falsa opinione deceptus. Im Gegensatz zu diesem rechtlich unerheblichen Motiv, der opinio, der

[65]) Lotmar S. 3 a. a. O. v. Schey S. 6 a. a. O. Rümelin Arch. ziv. Pr. B. 97. S. 211.

zweiten oder entfernteren Absicht, steht der Bestimmungsgrund, die causa oder wie Ihering — Geist des r. R. § 55 — sie nennt, das Causalmoment, der Schuldgrund, der dem Vertrage seinen bestimmten Rechtscharakter gibt z.B. als Schenkung, Darlehn, Leihe oder Kaufvertrag. Das ist der unmittelbare, von den Parteien als solcher bekannt gegebene oder jedenfalls von ihnen übereinstimmend angenommene Geschäftszweck, der Verkehrszweck.[67])

Die Schwierigkeit des Causaproblems sehen Buhl, Karlowa und Wendt[68]) mit Recht in der Unterscheidung des faktischen Motives und der Causa, in der Abgrenzung der blossen Beweggründe, welche die Rechtsodnung übersieht und für gleichgültig hält, und den eigentlichen Bestimmungsgründen des Rechtsgeschäfts.

Der Versuch einer Abgrenzung von rechtlich unerheblichem Motiv und rechtlich bedeutsamer causa hat von den möglichen Zwecken des Rechtsgeschäfts auszugehen.[69]) Gewöhnlich sind die durch das Rechtsgeschäft bewirkten Rechtsfolgen nicht das Endziel der Wünsche der Parteien, vielmehr sind sie gewöhnlich Mittel zur Erreichung wirtschaftlicher Zwecke. Er gibt zwar auch Rechtsgeschäfte, die nur Rechtsfolgen erzeugen, von deren Rechtswirkungen weitere wirtschaftliche Folgen nicht abzulösen sind. Der Zweck erschöpft sich hier in dem Inhalte der Wirkung, zu deren Herbeiführung das Rechtsgeschäft bestimmt ist. Dies ist z.B. der Fall bei den familienrechtlichen und personenrechtlichen Geschäften, der Eheschliessung, arrogatio und Adoption. Diese Geschäfte würden abgesehen

---

[66]) Regelsberger in Endemanns H. B. des H. R. Bd. II: die Handesgeschäfte S. 482. Lotmar S. 21. v. Schey S. 7. Buhl S. 3.

[67]) Rümelin: Arch. ziv. Praxis Bd. 97 S. 217. Sohm a. a. O. S. 10 Zitelmann Int. Pr. R. II S. 193, 195.

[68]) Wendt: Pand: S. 93.

von ihren rechtlichen Folgen überhaupt keinen Sinn haben.[70])

Man kann hier mit Fug sagen, dass der Zweck des Rechtsgeschäfts sich in der Rechtsfolge erschöpfe. Etwas anders trotz Gleichheit des Ausdruckes meint Unterholzner, der auch von „rechtlichen Zwecken" spricht und hiernach die Schuldverhältnisse einteilt. Nach Unterholzner gibt es 3 Arten der rechtlichen Zwecke und demnach von Schuldansprüchen: obligationes conservativae, commutativae und aus beiden gemischte Schuldverhältnisse. Sehen wir uns diese Einteilung genauer an, so ergibt sich, dass Unterholzner unter seinen „rechtlichen" Zwecken auch wirtschaftliche Zwecke versteht. Denn die obligationes conservativae sind Schuldansprüche, die im wesentlichen auf Erhaltung gerichtet sind. Den Obligationes commutativae liegt der Zweck zu Grunde, dass Bewegung — Verkehr — in die rechtlichen Zustände oder Verhältnisse komme, und die gemischten Schuldverhältnisse können schliesslich sowohl dem Zwecke der Erhaltung als dem Verkehr dienen. Die Aufnahme des „wirtschaftlichen Zweckes" in die Causalberedung bietet der Wissenschaft heute noch manches Problem. Jedes Rechtsgeschäft, abgesehen von den oben bezeichneten, bei denen sich der Zweck des Rechtsgeschäfts in der Rechtswirkung erschöpft, dient seiner Bestimmung nach zur Erzeugung der Möglichkeit des wirtschaftlichen Genusses, und zwar ist es das einzige rechtliche Mittel hierzu. Was die Menschen im Verkehr begehren, ist der wirtschaftliche Genuss. Daher ist die Frage gerechtfertigt: Muss bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts der rechtliche oder der durch diesen nur vermittelte wirt-

[69]) Schöninger a. a. O. S. 8.9. verwirft die Bezeichnung causa als Attribut eines Rechtsgeschäfts. Causa ist ihm vielmehr Bestandteil speziell derjenigen Tatbestände, die unter den von den Rechtsgeschäften verschiedenen Begriff der Leistung fallen.

[70]) Manigk S. 83, KarlowaS. 164. Lenel Jahrb. f. Dogm. 19 S. 19.

schaftliche Erfolg gewollt, d.h. Inhalt und Gegenstand der Absicht des Handelnden sein?[72])

Diese Fragestellung führt zur Erörterung der Trennbarkeit von juristischen und wirtschaftlichem Erfolg beim Rechtsgeschäft. Diese Trennbarkeit wird von einzelnen Autoren bejaht, z.B. von Fitting und Buhl, während sie von anderen z.B. von Karlowa und Manigk, u. E. mit Recht, verneint wird. Fitting[73]) führt aus, jedes Vermögensgeschäft habe eine zweifache Seite, eine wirtschaftliche und eine spezifisch-juristische. Die wirtschaftliche Seite des Geschäfts bestehe in der Funktion, die das Geschäft in der Güterbewegung nach der Parteiabsicht übernehmen solle. Die spezifisch-juristische Seite dagegen bestehe darin, dass ein gewisses Vermögensstück erzeugt oder verändert, übertragen oder aufgehoben werde. Diese Fitting'sche Theorie wird von Buhl[74]) noch erweitert und verschärft. Nach Buhl enthält das Vermögensgeschäft neben dem Rechtsgeschäft als seinem Hauptbestandteil das Wirtschaftsgeschäft, d. h. eine Willensbetätigung, durch welche Güter — Dinge, welche zur Befriedigung eines wahren menschlichen Bedürfnisses anerkannt brauchbar sind — erzeugt, zerstört oder übertragen werden. Die Wirkung des Rechtsgeschäfts ist eine Veränderung in den Rechtsverhältnissen, die Wirkung des Wirtschaftsgeschäfts ist eine Veränderung in den Güterverhältnissen einer oder mehrerer Personen. Das Mittel, durch welches ein Wirtschaftsgeschäft zustande gebracht wird, ist Abschluss eines Rechtsgeschäfts. Die wirtschaftliche Wirkung ist Zweck des Rechtsgeschäfts, das Rechtsgeschäft ist Mittel zur Herbeiführung des wirtschaftlichen Erfolges. An und für sich ist das Wirtschaftsgeschäft kein Gegenstand juristischer Betrachtung. Es gewinnt in-

[71]) Unterholzner S. 3.
[72]) Manigk S. 80.
[73]) Fitting: Arch. f. ziv. Pr. 62 S. 389.
[74]) Buhl: a. a. O. S. 2—8.

dessen regelmässig als Causalvertrag rechtliche Bedeutung. Die Rechtsgeschäfte zerfallen in formelle und materielle. Formelle oder abstrakte — reine Rechtsgeschäfte — sind solche, bei denen der ganze Inhalt in der spezifisch-juristischen Wirkung, die vom Zweckmomente isoliert ist, besteht; individualisierte sind diejenigen Rechtgeschäfte, in denen neben der spezifisch-juristischen Wirkung auch der wirtschaftliche Zweck zur Erscheinung und rechtlichen Wirksamkeit gelangt. Reine Rechtsgeschäfte können für sich allein niemals den vollständigen Inhalt eines Lebensgeschäftes bilden, sondern sie bedürfen an sich der Ergänzung durch ein Wirtschaftsgeschäft. Die gemischten Geschäfte sind nicht reine Rechtsgeschäfte, sondern da in ihnen ausser dem Rechtsgeschäft auch das Wirtschaftsgeschäft zum Ausdruck gelangt, Lebensgeschäfte.

U.E. wird die Auseinanderreissung des Vermögensgeschäftes in einen spezifisch-juristischen und einen spezifisch-ökonomischen Teil weder beiden Wissenschaften gerecht, noch ist sie durchführbar.[75])

Buhl bezeichnet als Wirtschaftsgeschäft die Willensbetätigung, durch welche Güter erzeugt, zerstört oder übertragen werden und er definiert im Anschlusse an Roscher das Gut als ein Ding, welches zur Befriedigung eines wahren menschlichen Bedürfnisses anerkannt brauchbar ist. Der Buhl'che Begriff des Wirtschaftsgeschäftes beruht also auf dem „Guts-" und dem „Bedürfnis-" begriffe. Beide sind aber in der Volkswirtschaftslehre sehr bestrittene Begriffe. Während Rau unter Gütern nur res corporales versteht und ebenso Böhm-Bawerk den bloss figürlichen, sprachgebräuchlichen Gütern, die nicht volkswirtschaftliche Güter im engeren Sinne zum Gegenstand haben, d.h. die an sich zwar gut sind, aber keine gute Mittel zum Zweck sind, z.B. den Rechten und Rechts-

[75]) Karlowa S. 167, Hurza S. 58.

verhältnissen die Qualität als Güter abspricht, rechnen andere Volkswirtschaftler[76]) nicht nur Sachen, sondern auch Rechte hierzu, soweit sie geeignet, bezw. ihrer Natur nach dazu bestimmt erscheinen, dem Selbstinteresse einer Person dienstbar gemacht zu werden. Eine Trennung zwischen Wirtschafts- und Rechtsgeschäft ist demnach bei denjenigen Vermögensgeschäften nicht möglich, welche bloss auf sprachgebräuchliche Güter z.B. Rechte, sich beziehen, die des Güterwirkens nur vermöge einer Metapher fähig sind. Gegen die von Buhl für das Wirtschaftsgeschäft vorgenommene Verwertung des Gutsbegriffes als eines sehr feststehenden wahren Gutes spricht noch die Erwägung, dass der Gutsbegriff, selbst wenn man ihn einseitig ökonomisch auffasst, ein durch die Erfahrung gegebener ist, d.h. die Vorstellung über Bedürfnis und Mittel zu seiner Befriedigung ist bei den verschiedenen Völkern zu verschiedenen Zeiten eine sehr verschiedene gewesen.[77]) Es darf daher von „wahren" Gütern, denen die Eigenschaft „wahr" als etwas immanentes innewohnt, nicht gesprochen werden.

Ebenso wie der Gutsbegriff ist der Begriff des wirtschaftlichen Bedürfnisses, den Buhl gleichfalls verwendet, nicht einheitlich formuliert. Man erkennt zwar eine Reihe sogenanter Elementarbedürfnisse, wie z.B. Hunger, Durst, Kälte, Liebe allgemein als wahre wirtschaftliche Bedürfnisse an, dagegen ist die Abgrenzung, soweit sekundäre, kulturelle Bedürfnisse in Frage stehen, durchaus ungeklärt. Auch dies spricht gegen die Verwertung eines Begriffes „Wirtschaftsgeschäft" in dem Buhl'chen Sinne.

Wie wenig sich Wirtschafts- und Rechtsgeschäft von einander trennen lassen, ergibt sich aus einem von Buhl

[76]) Schönberg a. a. O. S. 137.
[77]) Bechmann: Kauf II S. 60.

selbst für seine Ansicht gebrachten Beispiel. Er führt zum Beweise des Satzes, dass das Rechtsgeschäft Mittel zur Herbeiführung des wirtschaftlichen Erfolges sei, das folgende Beispiel an: Man überträgt Eigentum, um zu schenken und man schenkt dadurch, dass man Eigentum überträgt. Hier ist indessen nicht, wie Buhl annimmt, die Eigentumsübertragung nur formelles Rechtsgeschäft, sondern auch Wirtschaftsgeschäft, d.h. eine Willenserklärung, durch die ein Gut übertragen wird. Die Eigentumsübertragung ist nicht bloss rechtliches, sondern auch wirtschaftliches Mittel. Ausser ihr lässt sich überhaupt kein hiervon bekannter materieller ökonomischer Vorgang auffinden. Die Unmöglichkeit einer Trennung von wirtschaftlicher und rechtlicher Funktion des Vermögensgeschäftes hebt der Volkswirtschaftler Phillipovich,[78]) u.E. sehr zutreffend mit den Worten hervor: „Wer kauft, mietet, leiht, setzt zugleich mit jenen wirtschaftlichen Handlungen auch bestimmte Rechtstatsachen, Kauf- Miet- und Darlehnsverträge, diese wirken also nicht erst auf jene ein, sondern entstehen mit ihnen" und dem Sinne nach kommt auf dasselbe hinaus, wenn Böhm-Bawerk sagt[79]): Die Rechte sind ein durch die Gesellschaftsorganisation hervorgerufenes Erfordernis, und zugleich ein Bestandteil der vollen ökonomischen Verfügungsgewalt über Güter.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass in der Causalberedung nicht nur „wirtschaftliche" sondern auch rechtliche Zwecke zur Erscheinung kommen, daher die Bezeichnung der causa mit „wirtschaftlicher Zweck" den Inhalt der Causalberedung nicht erschöpft.

Fasst man den Zweck der Rechtsgeschäfts als wirtschaftlichen, rein ökonomischen auf, so ergeben sich eben-

[78]) Phillipovich 1896: Allgemeine Volkswirtschaftslehre I S. 62.
[89]) Böhm-Bawerk: S. 43.

falls die heterogensten Deutungen der causa. Die Volkswirtschaftslehre bezeichnet als „wirtschaftliche Tätigkeit", d.h. Wirtschaft im allgemeinsten Sinne des Wortes, die Tätigkeit des Menschen, sofern sie sich direkt oder indirekt auf die Beschaffung von materiellen Mitteln zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse an menschlichen Gütern bezieht. Es ist bereits oben auf die Verschiedenheit der Ansichten über den Guts- und Bedürfnisbegriff hingewiesen worden. Auch der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit wird durchaus verschieden ausgelegt. Insoweit man den Menschen als vernünftiges Wesen betrachtet, hat man die Forderung aufgestellt, er müsse seine wirtschaftlichen Zwecke mit den möglichst geringen Opfern an Vermögen und Arbeitskraft zu erreichen suchen, und bemüht sein, das Opfer, welches seine Tätigkeit bringe, geringer, keinesfalls grösser sein zu lassen, als der Wert dessen ist, der ihm dafür zu Teil wird, er solle die ihm verfügbaren Güter möglichst zweckmässig auf seine Bedürfnisse verwenden.[80]) Die Tätigkeit dieser Art wird als wirtschaftliche, die entgegengesetzte als unwirtschaftliche bezeichnet.

Auf dieser Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit, die alles unter dem Gesichtspunkte des „ökonomischen Principes" betrachtet, beruht z.B. der „wirtschaftliche Zweck" Lenels. Nach Lenel[81]) haben die wirtschaftlichen Zwecke alle das miteinander gemeinsam, dass das Aequivalent, um deswillen die Leistung erfolgt, im wirtschaftlichen Verkehr als Austauschobjekt anerkannt ist. Damit schliesst sich Lenel an den Wirtschaftsbegriff Wagners an. Nach Wagner ist Wirtschaft der Inbegriff der auf fortgesetzte Bedürfnisbefriedigung gerichteten, planvoll nach ökonomischen Princip erfolgenden Arbeitstätigkeiten einer Person. Schliesst man sich indessen der Wirtschafts-

[80]) Schönberg: Handbuch Bd. I S. 8.
[81]) Lenel: Arch. z. Pr. 74 S. 232.

finition anderer Nationalökonomen z.B. Roschers[82]) an, so geschieht auch die zur Stillung meines Hungers vorgenommene Schenkung zu wirtschaftlichen Zwecken, während Lenel dieselbe unter seinen wirtschaftlichen Zwecken als unentgeltliche Leistung nicht unterbringen kann. Wir sehen also, dass die Bezeichnung der causa als einer wirtschaftlichen das Causaproblem nicht löst; das Gefechtsfeld wird von dem Gebiete der Jurisprudenz nach dem der Volkswirtschaftslehre verschoben, wobei sich herausstellt, dass „wirtschaftlich" ein durchaus heterogener Begriff ist. Vollständig unfruchtbar wird die Bedeutung des Wortes „wirtschaftlich", für das Causalproblem, wenn man sie so, wie z.B. Volkswirtschaftler Sax[83]) fasst, nämlich die Tätigkeit der Menschen nur insoweit, als sie Gegenstand der politischen Oekonomie ist.

Die Auffassung der Absicht im Gebiete des Vermögensrechtes als rein ökonomische muss sonach als einseitig und irreführend bezeichnet werden.[84])

Diesem negativen Resultat wird folgender positive Satz gegenüber gestellt. Die rechtsgeschäftliche Absicht, ist ein empirische, d.h. eine auf den empirischen Erfolg gerichtete, die zu dem auf den rechtlichen Erfolg gerichteten in einem Gegensatz steht.

Es wird hier von jedem juristischen Zusatze zur Absicht abgesehen. Ist diese Entfernung im Einzelfalle auch

---

[82]) Roscher § 2: Wirtschaft ist die planmässige Tätigkeit des Menschen, um seinen Bedarf an äusseren Gütern zu befriedigen. Vgl. auch Schäffle L. 3. Aufl. I 4: Wirtschaft ist eine bewusste planvolle Regelung nützlicher Bewegungen und Kraftäusserungen in der Richtung höchsten reinen Nutzens; hier komm wieder das Aequivalentsprincip Lenels zum Vorschein. Ähnlich wie Roscher definieren die wirtschaftliche Tätigkeit Held · Grundriss für Vorl. Bonn 1876 S. 27, Menger und Rau.

[83]) Sax: Das Wesen und die Aufgaben der politischen Oekonomie.

[84]) Bechmann a. a. O. S. 11. Hruza S. 27. v. Schey S. 7. Anm. 29.

schwierig, so ist sie jedenfalls durchführbar.[85]) Diese Absicht ist bei den Rechtsgeschäften von der Vorstellung der rechtlichen Wirksamkeit völlig unabhängig. Der Käufer kauft, um ein Gut gegen Geld zu erwerben, nicht aber um sich von der Anwendbarkeit des Bürgerl. Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, 7 Abschn., 1 Tit. zu überzeugen. Diese Absicht kehrt bei einer Anzahl von Geschäften stets wieder, und man ist daher befugt, von einer „typischen" Absicht zu sprechen. Sie lässt sich dort stets leicht ermitteln, wo das Wollen des Menschen sich mit dem deckt, was das Recht im Einzelfalle unter einem gewissen Rechtsinstitute versteht.[86]) Im positiven Recht sind viele juristische Tatbestände mit festen Umrissen versehen. Schwierig ist die Feststellung des Rechtsgeschäfts und damit die Ermittelung der rechtsgeschäftlichen Absicht aber, wenn jemand ausserhalb des erforderlichen Kreises der Merkmale, die den Tatbestand ausmachen, etwas will; Letzteres ist im menschlichen Leben das Regelmässige. Gerade zu unmöglich kann zuweilen das Ermitteln des entsprechenden Rechtsgeschäfts bei blosser Beabsichtigung wirtschaftlicher Folgen sein, da die wirtschaftlichen Folgen oft von gröberer Struktur sind als die rechtlichen."[87])

Aus dem typischen Charakter des Zweckes ergibt sich für den Inhalt der Absicht die Folgerung: Der Handelnde muss durch den Inhalt seiner Absicht den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts unzweideutig konkretisieren, mit a. W.: der Mensch muss den „begrifflichen Zweck" im Sinne Lotmars wollen.[88])

[85]) Beispiel für den Gegensatz zwischen empirischer Tatsache und juristischem Zusatz: Durch einen Erlassvertrag wird das Darlehn aufgehoben, wenn man das Darlehn als Rechtsgrund ins Auge fasst, man kann dies aber nicht sagen, wenn man das Darlehn als Faktum versteht. Lotmar S. 53 ff. Bechmann.

[86]) Hier ist die Agrenzung von Motiv und Absicht leicht durchführbar.

[87]) Manigk a. a. O. S. 82.

[88]) Manigk S. 80, Lotmar S. 44.

b. Die causa des Darlehns.

Die Schwierigkeit der klaren Erfassung der Darlehnskausa ist darauf zürückzuführen, dass die wirtschaftliche und juristische Struktur des Darlehns auseinanderfallen. Von Manchen wird allerdings die Möglichkeit, Wirtschafts- und Rechtskreis als verschiedene Lebenskreise zu betrachten, geleugnet, und demnach die Möglichkeit verschiedenartiger Begriffsbestimmung verneint. Krahmer[89]) bezeichnet die Möglichkeit verschiedener Begriffsbestimmung als geradezu auf einer fundamentalen Verkennung der Grenzen und des Betätigungsgebietes der Jurisprudenz beruhend. Allein hiermit setzt Krahmer sich sowohl mit dem wirklichen Leben wie mit der Theorie in Widerspruch. Man kann rechtliche und wirtschaftliche Betrachtung zuweilen ebenso trennen wie juristische und sittliche Gesichtspunkte. Für die juristische und ökonomische Betrachtung der Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges sind oft ganz verschiedene Gesichtspunkte massgebend. Während es oft juristisch unerheblich ist, welche Mittel zur Herbeiführung einer vermögensrechtlichen Wirkung gewählt werden, ob z.B. die Darlehnsbegründung durch Baarzahlung oder Schuldüberweisung vor sich geht, ist es nach ökonomischen Grundsätzen durchaus nicht gleichgültig, welche Realisierungsform gewählt wird. Die sofortige Baarzahlung erübrigt Zeit, die Überweisung erübrigt einerseits den Geldtransport, hat dafür andererseits unter Umständen das Risiko des schwierigeren Einziehens des Geldes für den Darlehnsnehmer zu Folge. Umgekehrt gibt es auch Fälle, in denen der Volkswirtschaftler einen Unterschied im Geschäfte nicht zugibt, während die juristische Gestaltung verschieden ausfällt. So macht das Recht einen grossen Unterschied in der Verleihung fungibler und nichtfungibler Capitalien, die ihren Ausdruck vor allem hinsichtlich der Gefahrtragung gefunden hat. Die Nationalökonomie kann die Wesentlichkeit des Umstandes, ob fungibel

[89]) Krahmer a. a. O. S. 64.

oder nicht fungibel, wie Roscher[90]) betont, nicht zugeben.

Materiellwirtschaftlich erscheint das Darlehn als Gebrauchsleihe, und zwar ebenso wie das Commodat. Formaljuristisch besteht indessen der grosse Unterschied, dass ähnlich wie beim Kauf oder Tausch volles Eigentum an der Nutzungssache übertragen wird, während in den Fällen der sonstigen Gebrauchsleihe das Eigentum des Capitals beim Gläubiger bleibt. Daher ist es wohl gerechtfertigt, wenn Cohn und Eisele[91]) die Bezeichnung des Darlehns als Kapitalmiete bez. Kapitalleihe als ein juristisch inkorrektes und zu falschen Folgerungen verleitendes Bild erachten. Wenn Cohn indessen den Ausdruck Kapitalmiete durch die Bezeichnung „Creditveräusserung" ersetzen will, so kommt sachlich diese Charakterisierung auf „Kapitalmiete, auf Überlassung der Nutzung eines Kapitals auf Zeit" hinaus. Denn Credit ist ihm die Befugnis zeitweiser Verfügung über Fungibilien, zeitweiser Nutzung eines Kapitals. Auch Endemann verwirft die Bezeichnung des Darlehns als Kapitalmiete. Endemann geht nicht von der wirtschaftlichen, sondern der juristischen Struktur des Darlehns aus und prüft von diesem Gesichtspunkte aus die wirtschafliche Bezeichnungt des Darlehns. Weil beim Darlehn der Empfänger, bei der Miete hingegen der Vermieter die Gefahr trägt, erachtet er es für nicht empfehlenswert, das Darlehn als Kapitalleihe oder Kapitalmiete zu bezeichnen. Das B.G.B. gebe hierzu keinen Anlass. Wenn man den Wortgebrauch, der Darlehn mit der Leihe verbinde, für massgebend erachte, so heisse das die Wortbildung mit der Begriffsbildung verwechseln. Die Ansicht Endemanns, dass Darlehn und Leihe lediglich durch Wortbildung verknüpft sind, ist indessen unzutreffend. Dies ergibt sich aus der Wirtschaftslehre. Wirtschaftlich klassifizieren Nutzungsleihe als auch Darlehn gemeinsam unter dem höheren Be-

[90]) Roscher: Vorwort z. Dankwardt: Nationalökonomische Stud. 1862 S. VIII.
[91]) Cohn in Creditgesch. in Endemanns Handbuch III S. 840. Eisele. Zschr. für schweiz. Recht XXIV 1884 S. 32.

griff der Vermögensleihe, leihweiser Ueberlassung von Vermögenswerten. Die Vermögensleihe ist das genus, dessen species Nutzungsleihe und Darlehn bilden.[92]) Geht das Eigentum vom Verleiher an den Entleiher über, so liegt Darlehn vor, verbleibt die nuda proprietas beim Verleiher, so ist Commodat, Miete, Pacht oder Sachnutzungsleihe gegeben. Daher besteht der ökonomische Gehalt des Darlehns in Nutzungsleihe, nicht Sachgütertausch, formaljuristisch ist das Darlehn dagegen nicht Sachnutzungsleihe, sondern Eigentumsübergang.

Verschiedenartigkeit der causa.

Diese Divergenz zwischen wirtschaftlicher und juristischer Betrachtung findet ihren Niederschlag auch in der Causalbezeichnung des Darlehns. Die römischen Juristen haben die causa des Darlehns einmal als causa utendi und ein anderes Mal als causa credendi gekennzeichnet. In den Quellen 19 § 9 L 11 pr. D. de reb. cred. 12,1 cf. C 1 § 1 D. commod. 13,6 und Theoph. III. 14 pr. heisst die causa mutui das utendum dare, die Gebrauchsüberlassung, während sich an anderen Stellen die causa folgendermassen ausgedrückt findet: Gaius: pecunia, quam credendi causa damus - III 124 - L 1 § 1 L 2 § 3 D. de reb. cr. 12,1 L 11 D. de V. S., L. 24 D. de praescr. verbis 19,5 i.f. L 2 § 1 L 10 D. de reb. cred.

Die causa utendi.

Die causa „utendum dare" gibt die wirtschaftliche Zweckbestimmung des Darlehns wieder: „Die Uebergabe zum Zwecke des Gebrauches." Die Ueberlassung des Gebrauches ist bei nicht fungiblen Sachen durch Besitzübertragung zu ermöglichen, während das Eigentum beim Entleiher verbleiben kann. Für das röm. Recht erscheint daher die res beim Darlehn ursprünglich als traditio, lediglich als Besitzübertragung. Die traditio bezeichnete nichts Rechtliches,

[92]) Berolzheimer in Hirths Annalen 1904 S. 602. Knies Geld I S. 21—30, 38, 75. Darf Credit S. 83. Schöninger S. 142 a. a. O. Cohn Handb. der Nationalök. I. S. 551: Pacht, Miete und Gebrauchsleihe sind die Bezeichnungen für die Uebertragung von individuellen Capitalnutzungen: Das Darlehn bezeichnet die Uebertragung von generellen Capitalnutzungen.

sondern etwas Körperliches, Aeusserliches, die körperliche Uebergabe.[93]) Aus der Besitzübertragung folgt an sich noch nicht das Recht zur Benützung der übergebenen Sache. Daher muss, falls dem Empfänger der Sache der Gebrauch derselben, ihr Gewahrsam oder ihre Verpfändung zur Sicherheit eingeräumt werden soll, dies in der Causalberedung zum Ausdruck gelangen. Bei den andern sog. Realkontrakten äussert sich dies in dem rem commodo, rem servandam, rem pignori dare.

In dem bürgerl. Gesetzbuch ist der Darlehnszweck, der Gebrauchszweck aus dem Gesetzestext nicht zu entnehmen, während er in anderen Gesetzesbüchern seinen Ausdruck gefunden hat. So bestimmt das österr. Ges.B. § 983: Wenn Jemanden verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, dass er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll, so entsteht ein Darlehnsvertrag. Auch im c.c. kommt der Gebrauchszweck, der Leihzweck in der Darlehnsdefinition zum Durchbruch: a. 1892: le prêt de consommation est un contrat, par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses, qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité.

Dieser wirtschaftliche Zweck des Darlehns war auch mit dem Ausdrucke causa credendi in des Wortes ursprünglicher Bedeutung zutreffend wiedergegeben. Denn Credere rührt vom dem griechischen χράω, χρήζω, gebrauchen, her. In der heutigen Bedeutung des Wortes credere kommt das Moment der Ueberlassung „zur Nutzung" indessen nicht mehr zu reinem Ausdrucke.

Die causa credendi.

Der Zweck der Darlehnshingabe, die Gebrauchsüberlassung fungibler Sachen, kann durch die Besitzüber-

[93]) Ausnahme hiervon in 14 § 1 D. 49,7, wo auch die Wirkung der traditio mit einbegriffen wird.

tragung allein nicht erreicht werden. Bei fungiblen Gegenständen besteht der Gebrauch meistens im Verbrauche. Voraussetzung für die Erreichung des Geschäftszweckes ist daher die volle wirtschaftliche Verfügungsfähigkeit des Empfängers. Diese wirtschaftliche Machtüberlassung findet ihren Ausdruck in der Eigentumsübertragung. Durch das Erfordernis der Eigentumsübertragung zur Erreichung des Leihzweckes schwindet die Notwendigkeit, die causa als Gebrauchsüberlassung zu bezeichnen. Das Gebrauchs- und Verbrauchsrecht an der Sache ergibt sich als Ausfluss des Eigentumsrechtes an der Sache, welches die rechtlich unbeschränkte Verfügungsgewalt über die Sache bedeutet. So definierte E I § 848 den Inhalt des Eigentums folgendermassen: „Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, mit Ausschliessung anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder Rechte Dritter begründet sind." Durchaus zutreffend vom juristischen Gesichtspunkte aus bezeichnet daher Dernburg[94]) das Darlehn als „Uebereignung von Geld und Fungibilien zum Zwecke der Leihe. Gegen diese Bezeichnung des Darlehnszweckes mit „Eigentumsübergabe" ist einzuwenden, dass sie rein formal gehalten ist. Die Uebereignung ist ein abstrakt dinglicher Vertrag, zu dessen Wirksamkeit die Angabe eines Rechtsgrundes und Geschäftszweckes nicht erforderlich ist. Durch die Ausdehnung der Berechtigung des Nutzungsträgers bis zur vollen Verbrauchsgewalt des Eigentümers rückt nun die Gefahr in die Nähe, dass der massgebende Grundgedanke des ganzen Geschäftes — die Hingabe eines Kapitals zum Zwecke der Nutzung — verschleiert wird. Das

[94]) Dernburg Pr Pr. II S. 4 498 und P. II S. 222.

[95]) Savigny:: Das Obligationenrecht als Teil des heut. röm. R. Bd. I S. 18, 19. vgl. auch Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches 1890 S. 1149.

Verhältnis der Uebereignung zur wahren Darlehnskausa beleuchtet Savigny[95]) vortrefflich durch die Bemerkung: Die Uebertragung des Eigentums ist zwar essentiale des Darlehns, d.h. ein Rechtselement, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Begriff des Darlehnsrechtsverhältnisses zerstört wird, aber sie ist nicht causa principalis. Die Definition der causa als „Uebereignung einer Quantität von Fungibilien" gibt in Wahrheit nur, „ein Knochengerüst, ohne Fleisch, Blut und Leben," weil der Zweck der Darlehnshingabe dadurch rechtlich gleichgültig wird. Die Übereignung geht aber auch über den eigentlichen Geschäftszweck der Gebrauchsleihe hinaus. Das Missverhältnis ist allerdings noch nicht zwischen dem Geschäftszweck der Leihe und dem durch die volle Rechtsverschaffung begründeten Leistungstatbestand allein zu erblicken, eine Annahme, die sich bei Schöninger ausgesprochen findet.[96]) Denn die Verbrauchsbefugnis an Fungibilien setzt Eigentum an den Gegenständen voraus, und daher vermag der Leihzweck die Uebereignung wohl zu rechtfertigen. Ein Hinausgehen des Mittels über seinen Zweck liegt vielmehr erst in der zeitlichen Unbeschränktheit des Eigentums des Empfängers an dem Darlehnskapital.[97]) Dass die zeitlich unbeschränkte Eigentumsübertragung über den Darlehnszweck hinausgeht, ergibt sich aus Folgendem: Die Eigentumsübertragung — für sich betrachtet — bedeutet eine unbeschränkte Entäusserung des Eigentums aus dem Vermögen des Darlehnsgebers und damit eine Verringerung seines Vermögens um den Wert der Darlehnsvaluta. Wäre diese Vermögensverringerung der Zweck der Leihe, so ist nicht einzusehen, warum der Creditgeber sich die Rückgabe einer gleich grossen Quantität gleicher Qualität versprechen lässt.

[96]) Schöninger a. a. O. S. 143. [97]) Lammfromm a. a. O. S. 76.

Die Rückgabeberedung als Darlehnskausa.

Die Uebertragung des zeitlich unbeschränkten Eigentums an den Darlehnsempfänger schafft eine Inkongruenz zwischen Mittel und Zweck der Leihe, welche eine Ausgleichung erfordert. Diesem Zwecke der Aufhebung des durch das Hinausgehen des Mittels über den Zweck herbeigeführten Rechtsnachteils dient die Beredung der Rückgabe der empfangenen Valuta nach Ablauf der vereinbarten Gebrauchszeit.[98]) Diese Rückgabeberedung erscheint nun in 3 § 31 D 44,7 als der wahre Geschäftszweck des Darlehns: hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur, u. E. zu Unrecht. Denn der Erwerb der Forderung auf Rückgabe kann nicht eigentlicher Leihzweck sein. Man gibt nicht ein Darlehn in der Absicht, damit der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet werde. Wäre dies der Fall, dann fände niemals eine Hingabe statt, sondern man behielte die Darlehnsvaluta für sich.[99])

Nicht als Zweck des Darlehns, wohl aber als einen modus, eine Beschränkung der ausserdem freien Hingabe bezeichnen andere Autoren die Rückgabeberedung. So sieht v. Schey[100]) z.B. in ihr die in der causa mutui gelegene Schranke des übertragbaren Rechtes, des Eigentums. Diese Schranke ergibt sich nach v. Schey aus der Natur des Realkontrakts. Wo der Geschäftszweck sich erschöpfe in einem Geben auf der einen Seite, Gebrauch oder Verwahrung und schliesslich Rückgabe auf der anderen Seite, da stünden sich die Leistungen beider Teile so gegenüber, dass die zweite eine Schraube der ersten bilde. Diese Bezeichnung der Rückgabeberedung als Schranke des Eigentums ist u. E. unzutreffend. Denn die Rückzahlungsverbindlichkeit des Empfängers hat neben dem Eigentum an der Valuta ein völlständig getrenntes und selbständiges Dasein. Sie mindert das Eigentum des Empfängers an der Valuta nicht, vielmehr kann der Em-

[98]) Brinz in Krit. Bl. a. a. O. S. 28, 29.
[99]) Brinz, Lammfromm S. 70. [100]) v. Schey S. 44, Brinz P. II 1 S. 135.

pfänger gerade wegen ihres Daseins das Eigentum an den Darlehnsgegenständen schrankenlos ausüben und die Fungibilien verbrauchen. Kann man das Verhältnis der Rückgabeberedung zum Eigentum des Empfängers auch nicht als eine dingliche Verknüpfung bezeichnen, so ist die Geldforderung, welche dem Gläubiger erwächst, immerhin nicht vollständig von dem getrennt, was der Schuldner empfängt. In dem Eigentumsrechte erhält der Schuldner ein neues, weiteres und selbständiges Vermögensstück, eine aktive Vermögenspost und Vermögensbereicherung. Die Rückzahlungsverbindlichkeit ist andererseits von der Passivseite aus gesehen eine gleich grosse Schuld, eine passive Vermögenspost. In der Uebernahme der Verbindlichkeit zur Rückgabe liegt demnach zwar keine Schmälerung des Eigentumsrechtes, aber eine Schmälerung des Vermögens des Creditnehmers. Das Vermögen des Darlehnsempfängers wird nicht grösser um den Wertbetrag der Darlehnssumme, obwohl er rechtmässiger Eigentümer geworden ist. Entsprechend wie der Usufruktuar wird der Creditnehmer Nutzniesser eines fremden Vermögens mit dem Rechte des Eigentümers über die empfangenen Vermögensbestandteile. Die Darlehnshingabe ist sonach zwar Eigentumserwerb, aber kein Vermögenserwerb in dem Sinne, dass der Güterkreis wächst.

Die Bezeichnung der Rückgabeverbindlichkeit als „Schranke des Eigentums" wäre daher zu ersetzen durch den u. E. zutreffenderen Ausdruck „Einschränkung des Vermögens." Diese Einschränkung besteht darin, dass der Empfänger das Recht alle seine Güter als Eigentümer nach Belieben gebrauchen und verbrauchen zu dürfen, nur mit der Einschränkung ausüben darf, dass die res debita, ein Wertquantum in Höhe des empfangenen Darlehns, als ein ihm anvertrauter Vermögensteil des Creditgebers in den seinem Eigentum angehörigen Gütern immer vorhanden bleibe, bezw. dann vorhanden sei, wenn er den-

selben in das Eigentum des Creditgebers zurückzugeben hat.[101])

Die Creditnatur des Darlehns.

Durch die farblose abstrakte Beredung[102]) der Rückgabe wird das Darlehn zum Creditgeschäft gestempelt. Mit der Charakterisierung des Darlehns als Creditgeschäft ist für die Verdeutlichung der causa mutui nicht viel gewonnen. Der Credit ist ein volkswirtschaftliches Phänomen, das von Juristen nicht in gleicher Weise wie von Volkswirtschaftlern ausgelegt wird. Während Juristen z.B. Thöl und Gareis in ihrer Definition des Credits hauptsächlich das subjektive Moment des Vertrauens hervorheben, betonen Volkswirtschaftler mehr die objektive Seite des Credits.[103]) Danach ist wesentliches Begriffsmerkmal des Credits das zeitliche Nacheinander einer Leistung und Gegenleistung. Es wird hier der Creditverkehr dem Baarverkehr gegenüber gestellt, d.h. denjenigen Geschäften, bei denen Leistung des einen Teiles und Gegenleistung der andern Person genau gleichzeitig stattfinden. Credit ist im Gegensatz hierzu „derjenige Verkehr, in welchem eine Leistung des einen Teils in die Gegenwart, die Gegenleistung des Andern in die Zukunft fällt." Knies scheidet in seiner Creditdefinition das Vertrauensmoment vollständig aus, während Wagner[104]) sonst mit Knies übereinstimmend den Credit bezeichnet als „denjenigen privatwirtschaftlichen Verkehr oder dasjenige freiwillige Geben und Empfangen wirtschaftlicher Güter zwischen verschiedenen Personen, wo die Leistung des einen im Vertrauen auf die gegebene Zuführung späterer Gegenleistung

[101]) Brinz: Krit. V. J. Schr. Bd. 25 S. 187. Knies Geld S. 80.

[102]) Auch Karlowa sieht in der Rückgabeverbindlichkeit die abstrakte Causalberedung des Darlehns im Gegensatz zu den Causalberedungen der übrigen 3 Realkontrakte, bei denen ausser der Rückgabeverbindlichkeit auch noch der eigentliche Geschäftszweck in der Beredung der Gebrauchsüberlassung, Gewahrsamseinräumung und Verpfändung zur Sicherheit zur klaren Erscheinung kommt.

[103]) Knies in Zschr. f. St. W. 15 und 16. Derselbe Credit I Abschr. 1 u. 2.

[104]) Wagner in Schönb. Handb. S. 380, 381.

des andern erfolgt. Durch die Einreihung des Darlehns in die Creditgeschäfte erfährt die Creditkausa keine grössere Verdeutlichung, mag man nun die objektive oder die subjektive Seite des Credits, das Vertrauen, betonen.[105]) Nach Schöninger[106]) erfährt der wirkliche Darlehnszweck, weil er den Leistungstatbestand nicht zu rechtfertigen vermag, eine Art innerer Umwandlung, um das Missverhältnis äusserlich zu rechtfertigen. Als Grund der Leistung erscheint nunmehr das Vertrauen des Leistenden darauf, dass er, obwohl er seine dinglichen Rechte ganz aufgegeben hat, doch dank der Zuverlässigkeit und Solvenz des Empfängers ebenso sicher ist, wie wenn er die Leistung noch in seinem Vermögen hätte. Schöninger sieht selbst ein, dass die Bezeichnung des Vertrauens des Darlehns eine gedankliche Operation ohne innere Rechtfertigung ist. Er sagt nämlich: „nun ist zwar die Leistung äusserlich als anvertraute Leistung gerechtfertigt, indessen ist das Vertrauen als Grund oder Zweck der Darlehnsleistung ein juristischer Kunstbegriff ohne eigenen praktischen Inhalt." Die Wiedergabe der Darlehnskausa mit Vertrauen ist aber nicht nur ein „Kunstbegriff ohne eigenen Inhalt," sondern auch falsch und sinnentstellend. Falsch ist sie, weil das Vertrauen in der Causalberedung nicht ausdrücklich zur Erscheinung gelangt. Sinnentstellend ist sie, weil sie auf einer Verkennung des Verhältnisses des faktischen Motives zur causa beruht. Das Vertrauen ist nicht möglicher Bestimmungsgrund des Darlehns, sondern steht auf der Stufe des rechtlich bedeu-

[105]) Volkswirtschaftlich reiht man das Darlehn unter die eigentlichen oder reinen Creditgeschäfte ein. Das Wesen des reinen Creditgeschäftes im Gegensatz zu dem notwendigen Creditgeschäft beruht darin, dass hier die Absicht der Parteien gerade auf ein Creditgeschäft als solches geht, während das notwendige oder natürliche Creditgeschäft unabhängig vom Willen der Parteien stets mehr oder weniger als Creditgeschäft erscheint, weil eine oder beide Leistungen nicht in der Hingabe einer Leistung, sondern in der Einräumung einer Nutzung bestehen, also an einen Zeitverlauf gebunden sind. [106]) Schöninger a. a. O. S. 43.

tungslosen Motives, der affectio animi, der zweiten oder entfernteren Absicht, „weil ich vertraue, gebe ich."[107])

Der Darlehnanspruch als condictio

Wir haben oben gesehen, dass das Wort causa in historisch überliefertem Sinne in Gegensatze zu dem von uns gebrauchten Sinne als Zwecksatzung Rechtsgrund, Entstehungsgrund der Obligation heissen kann. Auch die causa im Sinne von Entstehungsgrund der Obligation ist beim Darlehn kontrovers. Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten: Der Rückforderungsanspruch des Creditgebers ist Produkt der vertraglichen Bindung, auf der andern Seite findet sich die Meinung: der Rück-

[107]) Das Motiv haben die Entscheidungen der O. L. G. Bd. 5 S 103 ff. und Bd. 8. S. 83 für erheblich erklärt, um die Nichtigkeit eines zu Spielzwecken hingegebenen Darlehns zu rechtfertigen, mit folgender Begründung: Wer dem Andern Geld zur Fortsetzung des Spieles leiht, handelt regelmässig nicht aus sittlichen einwandfreien Beweggründen, sondern aus Eigennutz und Gewinnsucht. Die eigennützige Förderung der im öffentlichen Interesse untersagten Spiele enthält abernach der sittlichen Volksanschauung sicherlich einen Verstoss gegen die guten Sitten. Es ist daher das Darlehnsgeschäft nach § 138[1] Bg. B. nichtig. U. E. ist die Entscheidung richtig, die Begründung hingegen nicht. Der Zweck, zu dem der Nehmer das geliehene Geld in seinem Interesse verwenden will, ist unerheblich. Daher alterieren Abreden über die Verwendung des geliehenen Geldes durch den Empfänger die Gültigkeit des Darlehns nicht. vgl. Koch A. L. K. Bd. I 884, 893, Gutachten aus dem Anwaltst. a. a. O. S. 1150. Gleiches ergibr sich aus der wirtschaftlichen Strucktur des Darlehns als Nutzungsübertragung von Kapital. Das Geldkapital ist diejenige Darstellung des Gütervorrats, welehe von der technischen Mannigfaltigkeit des Zweckes der Wertanhäufung abstrahierend, lediglich diesen Zweck als Selbstzweck erfüllt, alle weiteren Sonderbestimmungen des Capitals offenlassend — Cohn: Lehrb. der Nationalökon. Bd. I S. 352, 552, — Daher ist die Uebertragung des Wertes befreit von dem Zwange eines von vorneherein bestimmten Zweckes. Infolge des neutralen Vorganges der Werterwerbung wird der besondere Nutzungszweck lediglich vom Willen des Nutzungsberechtigten abhängig.
Die Ungültigkeit der Spieldarlehne ergiebt sich aus einem anderen Grunde, den eine Entscheidung des R. O. H. G. Bd. 25 S. 290 angiebt: Spielerdarlehn ist regelmässig nur äusserlich Darlehn, verwirklicht aber meistens den Rechtsgeschäftstatbestand der kreditierten Spielschuld und ist daher aus § 762 nicht einklagbar. Wenn einer der beiden Spieler dem Andern zur Beseitigung der Einsätze in dem gegen und miteinander betriebenen Spiele baare Vorschüsse ge-

gabeanspruch fällt aus dem Gebiete des Vertragsrechts überhaupt hinaus, die Rückgabeverbindlichkeit ist ein spezieller Anwendungsfall der condictio.[108])

Nach Pernice ist die Darlehnsklage auf ein habere ex iniusta causa zurückzuführen. Hiernach ist die Klage eine Unterart der condictio ex iniusta causa. Der Gedankengang ist bei Pernice folgender: Es ist unsittlich, das auf Treu und Glauben formlos zum Gebrauch Hingegebene zu behalten, daher darf der Geber zurückfordern. Pernice stellt dabei das habere ex iniusta causa in einen Gegensatz zum Empfangen ex iniusta causa. Nur die causa des Behaltens soll unrechtmässig sein, während die causa des Empfangens makellos und dem Rechte entsprechend sein kann. Hierin liegt das Unhaltbare und Inkonsequente der Pernice'chen Ansicht. Denn die causa des habere ist dieselbe wie diejenige des Empfangens. Das Behalten kann nur dann unrechtmässig sein, wenn auch das Empfangen unrechtmässig war. Ist aber die causa des Empfangens dem Gesetze entsprechend, so kann die hiermit übereinstimmende causa des Behaltens nicht unrechtmässig sein.

Nicht als eine condictio ex iuiusta causa wohl aber als condictio sine causa bezeichnen Lammfromm und Schöninger[109]) den Anspruch auf Rückgabe. Nach beider Ansicht ist die Erreichung des Darlehnszweckes unabhängig von der Heimzahlungsverbindlichkeit, und die Vereinbarung der Rückzahlungsverbindlichkeit überhaupt der obligatorische Consens kein Begriffselement des Darlehns. Vielmehr beruht die Darlehnsobligation unmittelbar auf der Tatsache der Leistung in Verbindung mit der Art des Darlehnszweckes. Wohin diese extreme Ansicht in kon-

währt, die letzteren im Verlaufe des Spieles von dem Darleiher verliert, so handelt es sich der Sache nach um Creditierung eines Spielverlustes. [108]) Pernice, Lammfromm, Schöninger.

[108]) Pernice III 219, Lammfromm S. 202 a. a. O., Schöninger a. a. O. S. 145.

sequenter Fortsetzung führt, zeigt sich bei Vering[110]), der das Darlehn nicht mehr als einenAnwendungsfall der condictio, sondern umgekehrt die Lehre von den condictiones datorum, die Condiktionen auf Rückgabe ungerechtfertigter Bereicherung als quasi mutua, als condictiones quasi ex mutuo bezeichnet. Die Auffassung der Darlehnsforderung als eines ausservertraglichen, gesetzlichen Bereicherungsanspruches ist unhaltbar. Zwei Gründe sprechen gegen die Qualität als Bereicherungsanspruch.

1) Bereits Pomponius fr. 3 de ret. cred. 12,1 leitet die Pflicht, Sachen von gleicher Güte wie die empfangenen zu restituieren, nicht etwa aus der Natur der res, sondern aus dem präsumtiven Wollen der Parteien her: nam in contrahendo quod agitur pro cautum habendum est; id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem quali tate solvatur, qua datum sit."[111]) Dass die Rückgabepflicht nicht nur auf dem präsumtiven, sondern auf dem wirklichen Willen der Parteien beruht, ergibt sich aus der Begründung, die Schöninger für die entgegengesetzte Auffassung gibt. Nach Schöninger S. 145 a.a. O. beruht die Darlehnsobligation nicht auf einem obligatorischen Vertrag, sondern unmittelbar auf der Tatsache der Leistung in Verbindung mit der Art des Darlehnszweckes. Die Art des Darlehnszweckes lässt sich aber nur durch wirklichen Consens der Parteien feststellen. Denn in allen Fällen des Irtums über den Zweck der Hingabe entsteht kein Darlehn, z.B. wenn der Geber an eine Schenkung, der Nehmer an ein Darlehn denkt.[111]) Hieraus folgt, dass die Parteien über den Grund der Hingabe einig sein müssen, wenn ein Darlehn entstehen soll. Bei der condictio ist

[110]) Vering: Geschichte und Institutionen des röm. Privatrechts 1870 S. 381.

[110]) Die Stelle ist Bekker: Aktionen I 115 entnommen.

[111]) l 36 de adqu. rer. dan. 41,1, l 18 qr. de reb. cred. 12,1.

hingegen Grund der Rückforderung die Tatsache, dass es an einer übereinstimmenden giltigen Vereinbarung über den Zweck der Leistung fehlt. Für die Rückgabeverbindlichkeit gilt sonach: enim nisi inter consentientes fieri non potest L 32 D. h.t.[112])

2. Gegen die Bezeichnung als Condictionenanspruch spricht auch folgendes: Die Rückgabeberedung beim Darlehn ist eine Privatwillenserklärung, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist, welcher „nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist."[113]) Diese Darlehnsberedung begründet für den Creditgeber den Erfüllungsanspruch des § 607 B. G. B., welcher bestimmt: Wer empfangen hat, ist verpflichtet zurückzuerstatten" Die Tatsache des Vorhandenseins dieses Erfüllungsanspruches ist für sich allein geeignet, der Rückgabeverbindlichkeit den Charakter einer condictio zu nehmen. Denn solange dem Berechtigten ein Erfüllungsanspruch zusteht, kann von einer Bereicherung des Verpflichteten auf Kosten des Berechtigten nicht geredet werden, und steht diesem ein Bereicherungsanspruch nicht zu.[114])

Nicht nur in ihrem Tatbestand, sondern auch in den Wirkungen sind Darlehns- und Condiktionenanspruch verschieden.

Gemäss § 607 B.G.B. ist der Empfänger verpflichtet: tantundem, d.h. das Empfangene in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Dagegen verpflichtet § 812 B.G.B. den Bereicherten, das Erlangte, d.h. idem herauszugeben; diese Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf

[112]) zust. Huschke a. a. O. S. 25.
[113]) Motive I 126.
[114]) v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des bürg. R. 1903 S. 358 Oertmann: S. 916 n 4. v. Schey: S. 41 a. a. O.

dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. § 818 B.G.B. Ist die Verpflichtung zur Herausgabe in natura wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem sonstigen Grunde unmöglich, so tritt Ersatz des Wertes, nicht aber eine Verpflichtung zur Rückzahlung in genere ein, wie sie dem Darlehn eigentümlich ist. Ist der Empfänger überhaupt nicht mehr bereichert, so ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Wertersatze überhaupt ausgeschlossen, während der Darlehnsanspruch stets auf tandundem geht.

Uebereignung der Darlehnsvaluta und Rückgabeverbindlichkeit — Inhalt und Form des Darlehnswillens —.

Die res, der Uebergang des Eigentums der Sache von einer Partei auf die andere, ist nicht als Betätigungsform des Leihwillens aufzufassen. Die entgegengesetzte Auffassung findet sich bei Enneccerus, Köppen, Degenkolb, Eisele und Klein.[115]) Enneccerus legt das corpus als „Willensbetätigung" aus, und Köppen bezeichnet sogar die von Recht normierte corpus-handlung als die vorgeschriebene Form des darin ausgesprochenen Willens. Auf einem ähnlichen Standpunkte steht Karlowa, der in der faktischen Uebergabe nur die Ausführung des Uebereignungswillens und entsprechend in der res bei den Realkontrakten den Ausdruck einer ganz bestimmten Willensrichtung sieht. Er begründet diese Ansicht mit der Erwägung, dass es nicht im Willen desjenigen, welcher kommodieren oder deponieren wolle, stehe, welche rechtlichen Wirkungen durch das Tradieren herbeigeführt wer-

[115]) Enneccerus: Rechtsgeschäft S. 55, 61. Karlowa a. a. O. S. 242, Degenkolb: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71, S. 56., Eisele Zeitschr. für schw. R. n. F. Bd. 3 S. 17, Klein öster. Bl. Bd. 24. S. 720.

den sollten, ob Eigentum des Empfängers, ob juristischer Besitz oder nur Detention. Eine gleiche Auffassung findet sich bei Degenkolb, Eisele und v. Schey: res und obligatorischer Consens stecken nicht nebeneinander, sondern ineinander. Der obligatorische Consens erscheint in der Hingabe und der Uebernahme der res eingeschlossen.

Diese Wertung des Verhältnisses von Form und Inhalt des Geschäftswillens führt mit Naturnotwendigkeit zu der Ansicht Klein's: „Die Auffassung, das Hingeben und Hinnehmen des Geldes und anderer vertretbarer Sachen beim Darlehn erfolge mit der Zwecksatzung der Darlehnsbegründung, sei unhaltbar. Man verwechsele die Folge des Darlehns, „verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen gleicher Art, Menge und Güte zurückzuerstatten, mit der Zwecksatzung." Diese Wertung der res als Form des Geschäftswillens ist indessen für das Recht des B.G.B. nicht haltbar. Hier ist die auf Herbeiführung des Rechtserfolges gerichtete Absicht Tatbestandsmoment des Rechtsgeschäftes. Es ist ihm eine res, die den Zweck hat, als Form der Willenserklärung ein Surrogat der Absichtserklärung zu sein, fremd. Eine entgegengesetzte Auffassung findet sich allerdings an einer Stelle des röm. Rechtes. Diese Stelle legt der res die Eigenschaft einer Verkörperung des Geschäftswillens bei 14,1 Ulpian l. 18. D. de reb. cred. gegen Julian 130. D. de adqu. rer. don. Julianus libro 13. D.: si ego pecuniam tibi, quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione non acceperit. An dieser Stelle ist der Eigentumsübergang, der Eintritt der Eigentumsrechtswirkung seinerseits abhängig gemacht von dem Geschäftszwecke, zu dem die Hingabe geschah. Sonst findet sich diese Auffassung im röm. Recht nicht vertreten, ebenso wie sie auch dem B.G.B. fremd

ist. Im B.G.B. ist die Eigentumsübertragung als reiner, dinglicher Vertrag behandelt, die von ihrer causa vollständig losgelöst ist. Hier ist die Eigentumsverschaffung zwar notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen des Darlehnsgeschäftes, aber sie repräsentiert nicht den ganzen Darlehnswillen. Sie ist nicht ein unbewegliches Geschäft im Sinne Brinz', d.h. ein solches, das nur der Ausführung einer einzigen Zweckberedung dienen kann, sondern ein bewegliches Geschäft, das verschiedenartige Zwecke realisieren kann. Fehlt sie, so kommt zwar auch ein Geschäft, aber kein Darlehn zustande. Die Darlehnswirkung als endlich gewollte Wirkung — Endwirkung — ist Folge des Willens und einer anderen Rechtswirkung — Eigentumsverschaffung — die Enneccerus[116]) die „Vorwirkung" des Realgeschäftes nennt. Gerade die Möglichkeit eines Auseinanderfallens der Vorwirkung und des Willens, welche die Endwirkung hervorrufen, ist eine besondere Eigentümlichkeit der sog. Realgeschäfte. Sonach ist der Eigentumsübergang zwar nicht mögliche, sondern notwendige Bedingung des mutuum, aber umgekehrt ist das mutuum nicht notwendige, sondern nur mögliche Folge des Eigentumsüberganges. Lotmar[117]) spricht diesen Gedanken zutreffend in der etwas schwer verständlichen Form aus: Die Rechtswirkung der Aeusserungsweise ist beim Darlehn Voraussetzung der Rechtswirkung der Willensäusserung.

Der entgegengesetzte Standpunkt, dass beim Realgeschäft das corpus stets die ganze Willensmeinung wiedergebe und als konkludente Handlung fungiere, sonach die ausdrückliche Willenerklärung ersetze, würde zu folgender prozessual und praktisch sehr bedenklichen Consequenz zwingen. Bei Erfüllungsweigerung seitens des durch die

[116]) Enneccerus: Rechtsgesch. Bed. und Anfangstermin 1889. S. 503
[117]) Lotmar a. a. O. S. 23.

Hingabe der res Verpflichteten wäre die Feststellung unmöglich, was der eigentliche Parteiwille gewesen ist. Gegenüber der Klagebehauptung des Klägers, die Hingabe sei zu Darlehnszwecken erfolgt, könnte der Beklagte einwenden, sie sei vom Kläger erfüllungshalber aus einem Kaufvertrage oder schenkungshalber erfolgt. Diese unzutreffende Ansicht wird denn auch in Litteratur und Rechtsprechung allgemein abgelehnt. Die Tatsache der Hingabe von Geld ist an sich nicht genügend, um die Darlehnsklage zu rechtfertigen. Gesteht der Beklagte die Empfangnahme des Geldes ein, so ist deshalb der Geber nicht zur Rückforderung berechtigt, vielmehr ist erforderlich, dass die Hingabe des Geldes in einer den Empfänger verpflichtenden Weise erfolgt, und diese Tatsache ist beim Bestreiten des Nehmers vom Geber zu beweisen.[118]) Wenn die res an und für sich auch niemals auf den Willen schliessen lässt, der ausser der Herstellung eines gewissen tatsächlichen Verhältnisses zur Sache verlangt wird, und das Resultat des corpus immer vom animus abhängt,der ein selbständiges Tatbestandsmoment des Rechtsgeschäfts ist, so kann die res doch unter Umständen die Rollle einer konkludenten Handlung übernehmen. Um ihr die Funktion des Ausdruckes des speziellen Geschäftswillens aufzuprägen, müssen zu dem corpus andere Indizien hinzutreten. Dann kann unter Umständen aus der datio auf den Darlehnswillen geschlossen werden, id agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate sol tur, qua datur sit.So wird z.B. in den Quellen angenommen, dass der Depositar,

[118]) Manigk. S. 32, 99. Seuff. Arch. Bd. 38 N. 116, Bd. 40 No. 13, Bd. 41. No. 180, Bd. 61 S. 644. Rosenberg: Beweislast S. 62, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 94 S. 78. Leonhard: Beweislast S. 397. A. A. Bekh: Beweislast S. 200. Wendet der Nehmer ein, der Geber habe ihm die Sachen schenkweise gegeben, so liegt darin nicht eine selbständige Einrede, sondern ein motiviertes Leugnen. vgl. Wetzel: Zivilprozess 2 Aufl. § 19 S. 151. Planck: Lehre vom Beweisurteil S. 284. Braunschw. Zeitschr. f. Rechtsp. Bd. 4 S. 134, Bd. 15 S. 13.

welcher von dem bei ihm hinterlegten Geld auf Grund einer ihm vom Deponenten erteilten Erlaubnis Gebrauch macht, dadurch das Depositum in ein Darlehn verwandelt.[119]) Fr. 1 § 34 dep. 16,3.

Das zeitliche Verhältnis vom realem und konsensualem Element beim Darlehn.

Das Darlehnsgeschäft ist als Realvertrag kein simultanes Rechtsgeschäft in dem Sinne, dass die Realleistung und die Causalberedung uno actu geschehen können. Es ist an und für sich eines punktuellen, d.h. eines auf einen einzigen Augenblick zusammengedrängten Errichtungsactes unfähig. Der Errichtungsakt kann sich niemals auf einen einzigen Zeitpunkt konzentrieren, zieht sich vielmehr immer über einen gewissen Zeitraum hin. Allerdings können sich consensuales und reales Element so rasch hintereinander folgen, dass sie als etwas neben einander befindliches Simultanes erscheinen, obwohl sie es in Wirklichkeit nicht sind.[120]) Dies ist der Fall bei der gewöhnlichen Darlehnsbegründung durch Uebergabe an den darzuleihenden Fungibilien und gleichzeitiger Verabredung des Darlehns. In Wirklichkeit liegt aber auch hier zwischen Besitzänderung und Abrede ein kurzer, wenn kaum wahrnehmbarer Zeitraum. Beide Elemente sind ebenso getrennt, wie z.B. das Senken der Rennflagge am Start durch den Starter und der Ablauf der Pferde.

a. Das konsensuale Element kann dem realen vorangehen und braucht in dem Momente, in welchem die Endwirkung eintritt, nicht mehr fortzudauern.[121])

b. Andererseits kann das reale Moment dem konsensualen vorangehen, z.B. wenn A mit B vereinbart, dass er eine bei ihm deponierte Sache als Darlehn behalten

[119]) Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung 1893 S. 118, 120.
[120]) Ihering: G. d. r. R. III S. 160. Hartmann: die Obligation 1875 S. 43. Scheurl: Beitr. II S. 31.
[121]) Enneccerus, vgl. dagegen Huschke a. a. O. S. 26.

solle. Die Notwendigkeit des zeitlichen Auseinanderfallens von realen und konsensualem Element hat eine Rechtswirkung im Gefolge, die man mit Pendenz des Rechtsgeschäfts bezeichnet. Diese Pendenz ist ein Zustand der Ungewissheit darüber, ob der Effekt des Rechtsgeschäfts eintreten wird; beim Darlehn tritt sie besonders klar in den Fällen der Darlehnsbegründung durch consumptio bonorum oder durch Ersitzung in die Erscheinung. Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo dedisset, furti competeret l. 78 D. 46,3. A. gibt dem B fremdes Geld als Darlehn. B kann kein Eigentum daran erwerben, weil A nicht Eigentümer ist. Das Darlehnsgeschäft kann daher nicht zustande kommen. Nunmehr vermischt B das erhaltene Geld mit dem seinigen und er wird Eigentümer. Durch die Vermischung kommt das Darlehn zur Entstehung. Das Geschäft reift durch blosses objektives Eintreten seines Tatbestandes nach; es convalesziert.

Es ist von Bedeutung für das Verhältnis von Rechtsgeschäft und rechtlicher Wirkung, wie man die convaleszierende Tatsache bezeichnet, ob als konstituierende oder entscheidende Tatsache. Der Unterschied beider zeigt sich eben in der Verschiedenheit der rechtlichen Abhängigkeit, in welcher sich Rechtsgeschäft und rechtliche Wirkung von ihnen befinden.[122]) Bei der konstituierenden Tatsache offenbart sich die rechtliche Abhängigkeit der Wirkung darin, dass die Endwirkung nur ex tunc eintreten kann, ein Rückdatieren auf eine andere Tatsache demnach ausgeschlossen ist. Diese anderen Tatsachen des Rechtsgeschäfts verhalten sich zu den konstituierenden Tatsachen wie Nichtohneseinkönnen und Nichtvor-

[122]) Karlowa S. 11., Brinz P: S. 1446.

seinkönnen. Zu den entscheidenden Tatsachen verhalten sich die anderen Tatsachen des Rechtsgeschäfts zwar auch wie Nichtseinkönnen, aber nicht wie Nichtvorseinkönnen. Tritt die entscheidende Tatsache ein, so tritt die Wirkung des Rechtsgeschäftes ex tunc ein, die Wirkung wird auf die andere Errichtungstatsache zurückbezogen. Das corpus beim Darlehn ist konstituierende, nicht bloss entscheidende Tatsache. Mit seiner Vollziehung tritt erst die Darlehnswirkung ein. Diese wird nicht auf den Abschluss des Causalvertrages zurückgezogen.

Cap. III.

Gegenstand des Darlehns.

Leistungsgegenstand beim Darlehn ist nicht jeder beliebige Vermögensgegenstand, sondern nur „Geld oder vertretbare Sachen" im Sinne des § 91 B.G.B. § 607 B.G.B. Der Sachbegriff ist im B.G.B. genau Bestimmt. Er erstreckt sich nur auf b e w e g l i c h e Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Vertretbare Sachen im Sinne des B.G.B. sind verbrauchbare und unverbrauchbare. Erstere bilden den Hauptgegenstand des Darlehns, vor allem das Geld. Hierher gehören vorwiegend auch die Befriedigungsmittel der elementaren wirtschaftlichen Bedürfnisse, des Hungers und des Durstes, z.B. Lebensmittel, Esswaren, Getreide, Obst und dergl. Bei diesen Gegenständen bewirkt die Darlehnsnutzung eine Substanzzerstörung.

Es können indessen auch fungible, unverbrauchbare Gegenstände Darlehnssache sein, jedoch darf in diesem Falle die Hingabe nicht unter der Auflage der Erhaltung des speziellen Sachindividuum geschehen, vielmehr muss der Empfänger die volle Verfügungsgewalt erhalten. Darlehn dieser letzteren Art sind z.B.: A gibt dem frierenden B

Kleider als Darlehn. Die Frau X gibt der Frau J. Haushaltungsgeräte als Darlehn. In diesen beide Fällen kann je nach der Abrede auch eine Leihe vorliegen.

Der Darlehnsgegenstand kann generell oder speziell bestimmt sein. Ersteres liegt vor, wenn A dem B lediglich 1000 M. als Darlehn verspricht, letzteres, wenn A dem B den augenblicklichen Inhalt seines Kassenschrankes oder den jetzigen Besitz einer bestimmten Art von Wertpapieren borgen will.

Ausgeschlossen als Darlehnsgegenstand sind hiernach Rechte und Forderungen, auch indirekt für den Fall der erkennbar gewollten Substitution ihres Geldwertes oder Erlöses[1]). Die Hingabe eines Rechtes oder einer Forderung gegen einen Dritten durch den Darlehnsgeber kann unter dem Gesichtspunkte des Darlehnskonsensualvertrages nur als Erfüllungsvertrag, als datio in solutum, als Vertrag, dass irgend eine andere Leistung die Wertleistungspflicht des Darleihers ersetzen soll, ausgelegt werden, so z.B. die Uebertragung einer Forderung anstatt Geldes, Gutschrift bei dem Banquier.[2]) Werden Banknoten anstatt Geldes gegeben, so kann sowohl ein direktes Darlehn als auch ein Erfüllungsvertrag angenommen werden. Es ist eine Frage der tatsächlichen Auslegung, ob eine gleiche Zahl und Art von Wertpapieren als Darlehnsgegenstand gelten soll oder die dadurch repräsentierte Geldsumme.[3]) In letzteren Falle liegt ein Erfüllungsvertrag vor.

„Wert" als Darlehnsgegenstand.

Darüber hinaus spricht man von „Wertdarlehn", bezeichnet als Darlehnsgegenstand einen „Wert", und definiert das Darlehn als Uebertragung des „Wertes" vertretbarer Sachen in das Vermögen des Empfängers mit der Ver-

[1]) A. a. Kohn in Endemanns Handb. a. a. O. S. 845.
[2]) Kohler: Lehrb. II S. 334, Schöninger S. 141.
[3]) Enneccerus-Lehmann S. 593 a. a. O.

einbarung der Rückgabe von „Sachen" gleicher Art, Güte und Menge. Endemann sagt z.B. der Credit sei die leihweise Benutzung von Werten, nicht von Sachen.

Diese Ausdrucksweise enthält einen ökonomischen Irrtum und ist rechtlich unzutreffend. Wirtschaftlich können nicht „Werte" zur Benutzung überlassen werden, sondern nur Gegenstände. Der Wert ist, selbst wenn man ihn nicht lediglich als subjektives Werturteil auffasst, sondern ihm eine objektive Gegenständlichkeit beimisst, nicht etwas äusserlich Wahrnehmbares und Greifbares. Er kann daher nicht wie ein Gegenstand „empfangen" und benutzt werden, vielmehr läuft er „parallel mit der Dimension der Benutzung der Sache."[4])

In rechtlicher Beziehung folgt hieraus, dass es Obligationen auf Rückerstattung von Werten nicht geben kann. In der Sprache des Rechts kann sich die Wertübertragung nur als Uebertragung einer konkreten Sache oder obligatorischen Rechtes offenbaren. Der Ausdruck Uebertragung von Werten ist allerdings in der Wissenschaft insoweit nicht zu beanstanden, als man sich dabei „Sachen von Wert" darunter vorstellt. Jedenfalls ist es aber ungenau, von konkretem oder abstraktem Wertdarlehn zu sprechen, wie dies z.B. seitens Kohlers geschieht. Kohler polemisiert zwar selbst gegen die Bezeichnung „Wertdarlehn",[5]) aber an einer anderen Stelle schreibt er: Das Darlehn kann konkretes oder abstraktes Wertdarlehn sein. Konkretes Darlehn, wenn es sich um andere Sachen als Geld, oder wenn Geld als Effektivgeld in betracht kommt, in der Art, dass eine bestimmte Art Geldstücke gegeben und zurückgegeben werden sollen. Abstraktes Wertdarlehn liegt dagegen vor, wenn nichts als ein Wert den Gegenstand

[4]) Rösler a. a. O. S. 347.

[5]) Kohler Lehrb. II S. 336, vergl. aber II S. 337.

des Darlehns bildet, ohne dass der Wert nach irgend einer Seite beschrieben oder begrenzt wäre, in einem solchen Falle handelt es sich lediglich um das im Rechtsverkehr anerkannte Geld, in dem Wert, den es im Rechtsleben vertritt.

U.E. bezeichnet der Ausdruck S a c h d a r l e h n statt konkretes, und Ge l d d a r l e h n statt abstraktes Wertdarlehn den Gegenstand des Darlehns genauer und folgerichtiger. Bei der Bezeichnung Sachdarlehn ist ein Zweifel über den Gegenstand nicht möglich. Bei dem „Gelddarlehn" kann das Geld in seinen 3 wirtschaftlichen Funktionen als Darlehnsgegenstand gedacht werden: als allgemeines Tauschmittel, als allgemeines Wertmass und als allgemeines gesetzliches Zahlungsmittel. Ausserdem kann Geld als besondere Sachenart bezeichnet werden. Dann fällt es unter den Begriff der vertretbaren Sache und ist weder allgemeines Wertmass, noch ein blosses Zeichen bestimmter Werte noch Anweisung auf ein bestimmtes Güterquantum, sondern ein wirkliches Tauschgut von eigenem Gebrauchswert, das als solches Handelsware sein kann.

Die Bezeichnung Kohlers: „abstrakter Wert" ist nur ein anderer Ausdruck für die wirtschaftliche Vertretungsfunktion des Geldes, das in dieser Eigenschaft die Rolle eines abstrakten Mittels zur Auflösung aller Vermögensstücke in blosse Quantitäten übernimmt und als Wertrepräsentant der übrigen Verkehrsgegenstände wirkt. Den gleichen Gegensatz, den Kohler mit konkreten und abstrakten Wertdarlehn bezeichnet, veranschaulicht das österr. Gesetzbuch treffender mit Geld- und Sachdarlehn. § 984 bestimmt: Ein Darleihen wird entweder in G e l d oder in anderen verbrauchbaren S a c h e n, und zwar ohne oder gegen Zinsen gegeben. Im letzteren Falle nennt man es auch einen Zinsenvertrag. § 985. Ein Gelddarlehn kann klingende Münzen oder Papiergeld oder öffentliche Schuldscheine (Obligationen) zum Gegenstande haben.

Cap. IV.

Pflichten des Darlehnsgebers.

Die beiderseitigen Pflichten im allgemeinen.

Mit der Construktion des Darlehns als Consensualvertrag wird die Haftung der beiden Contrahenten eine andere als bei dem Darlehnsrealvertrag. Die allgemeine Gestaltung der beiderseitigen Rechte und Pflichten hat in erster Linie zu berücksichtigen, dass die wirtschaftliche Struktur des Darlehns als Vermögensleihe sich mit der rechtlichen Struktur als Eigentumsübergang nicht deckt. Auszugehen ist von der wirtschaftlichen Struktur, weil diese den Geschlechtsbegriff des Darlehns bestimmt. Darlehn und locatio conductio rei sind Arten des Geschlechtsbegriffes Vermögensleihe. Daher haben im grossen und ganzen dieselben Rechtsnormen für beide zu gelten.[6]) Zu diesen aus der wirtschaftlichen Struktur sich ergebenden Rechten und Pflichten treten solche ergänzender oder ersetzender Natur, die sich aus der rechtlichen Struktur des Darlehns als Eigentumsübergang ergeben.

Auf Seiten des Darlehnsgebers kommen in Frage:

1) Verpflichtungen zur Uebertragung der Sache als ersten Schritt zur Erfüllung des Geschäftszweckes,
2) Verpflichtungen, die sich aus der Nichterfüllung der Pflicht ad 1 ergeben, Schadensersatz wegen Verzuges und verschuldeter Unmöglichkeit,
3) Verpflichtungen, die sich nach erfolgter Uebergabe während der Zeit, für welche die in Aussicht genommene Leistung gelten soll, ergeben, — Belastung der Sache im Gewahrsam der Gebrauchsberechtigten für die zugesagte Zeit.—

Auf Seiten des Darlehnsnehmers sind folgende Pflichten denkbar:

[6]) zust. Dankwardt a. a. O.

1) Verpflichtung zur Uebernahme der Sache,
2) Verpflichtungen, die sich aus der Nichterfüllung der Pflicht ad 1 ergeben, — Annahmeverzug —,
3) Verpflichtungen, die nach erfolgter Uebernahme der Sache in Wirksamkeit treten — Erhaltung der Sache, —
4) Verpflichtungen nach Beendigung des Verhältnisses. — Rückgabe der Sache, ev. Schadensersatz. —[7])

a. Pflichten des Gebers.

Die erste Pflicht des Creditgebers ist die Verpflichtung zur Uebertragung der Sache an den Darlehnsnehmer zwecks Erfüllung des Darlehnsversprechens.

a) Realvertrag.

Fasst man das Darlehn als Realvertrag auf, so besteht eine derartige Pflicht nicht. Das Darlehn kommt als Realvertrag erst durch die Hingabe zustande, während bis zur erfolgten Hingabe ein Darlehnsvertrag nicht existiert. Ein Zwang zur Herstellung des dem Geschäftszweck entsprechenden Zustandes kann hier nur beim Vorliegen eines von dem eigentlichen Darlehnsvertrag vollständig unabhängigen und selbständigen pactum de mutuo dando angenommen werden.

Nichtsdestoweniger sprechen einzelne Anhänger der Realvertragstheorie von einer Pflicht zur Eigentumsverschaffung. Nach Liebe[8]) ist für die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung entscheidend, ob die Parteien nur Vermögensvermehrung z.B. durch Gutschrift oder ausserdem Eigentumsverschaffung gewollt haben. In letzterem Falle liegt in der Hingabe die Zusicherung, dass der Empfänger über die Sachen solle in vertragsgemässer Weise verfügen dürfen. Eine Verschaffungspflicht muss argumentum e contrario auch bei

[7]) Schlossmann S. 53 a. a. O.
[8]) Liebe: Bd. I S. 447.

Staudinger-Kober und Neumann[9]) angenommen werden. Denn diese Schriftsteller gewähren für den Fall der Nichtbegründung der Eigentumswirkung trotz Hingabe dem Empfänger die gleichen Rechte wie dem Käufer, welchem der Verkäufer trotz seiner Eigentumsverschaffungspflicht nicht Eigentum verschafft hat. Diesen Anspruch des Creditnehmers auf Eigentumsverschaffung will Staudinger aus dem Wesen des Darlehnsvertrages herleiten. Wenn auch im § 607 B.G.B. dies nicht wörtlich zum Ausdruck gebraucht sei, so sei es doch ein wesentliches Begleitmoment des Darlehnsvertrages, dass durch die Hingabe auf Seiten des Empfängers Eigentum begründet werde. Die Absicht, gerade diesen Rechtserfolg durch die Hingabe herbeizuführen, sei so wesentlich, dass eine wirksame Hingabe nicht vorliege, falls der Empfänger durch den Mangel der Verfügungsbefugnis des Darleihers nicht Eigentümer geworden sei.

Im Gegensatz zu diesen Theorien verneint Oertmann[10]) von dem Gesichtspunkte des Realvertrages aus durchaus zutreffend eine Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung. Eine Haftung auf Eigentumsverschaffung kann sich danach nur aus einem etwaigen Vorvertrage, unter Umständen aus einer unerlaubten Handlung ergeben. Aus dem Darlehn wird grundsätzlich nur der Darlehnsnehmer, nicht auch der Darlehnsgeber verpflichtet. Aus der Ablehnung einer Verbindlichkeit zur Hingabe als unmöglich, folgt mit natürlicher Consequenz die Verneinung einer Pflicht zur Ergänzung oder Verbesserung der Hingabe, einer Pflicht, die sich allerdings bei dem zufällig durch sofortige Hingabe geschlossenen Consensualvertrag ergeben kann.

b. Consensualvertrag.

Bei der Annahme des Darlehns als Consensualvertrag

[9]) Staudinger-Kober Bd. II S. 363, Neumann zu § 607 B. G. B.
[10]) Oertmann zu § 607 S. 57 , v. Schey S. 92 a. a. O.

besteht die dem Creditgeber zunächst obliegende Leistung in der Hingabe der zugesagten Quantität vertretbarer Sachen und in der Abgabe der zum Eigentumsübergang erforderlichen Erklärungen, entsprechend der dem Verkäufer im § 433 B.G.B. auferlegten Pflicht zur Hingabe und Rechtsverschaffung.[11])

Klagbarkeit des Erfüllungsanspruches des Kreditnehmers.

Aus der Darlehnszusage steht dem Darlehnsnehmer eine Klage auf Erfüllung zu, und zwar stets beim verzinslichen Darlehn. Das Versprechen eines unentgeltlichen Darlehns ist nur unter Umständen bindend, nämlich dann, wenn der Versprechensempfänger durch Nichtinnehaltung der ihm gegebenen ernsthaften Zusage in erhebliche Schwierigkeiten geraten würde.[12]) In jedem Falle kann dem Erfüllungsanspruch des Creditnehmers die eoceptio doli und die vom B.G.B. für das pactum de mutuo dando aufgestellte clausula rebus sic stantibus entgegengehalten werden. Der Grund für die verschiedene Behandlung der Klagbarkeit der Pflicht des Creditgebers beim verzinslichen und unverzinslichen Darlehn beruht in dem verschiedenartigen wirtschaftlichen Aufbau beider Geschäfte. Das verzinsliche Darlehn ist vermöge seiner wirtschaftlichen Zwecke in der Regel Gegenstand das Geld- Vermögens- bezw. Erwerbsgeschäftes, das unverzinsliche Darlehn nähert sich dagegen der Schenkung, ist unentgeltliche Zuwendung und charakterisiert sich dergestalt als Wohltätigkeitsakt. Mit der Hingabe erfüllt der Darlehnsgeber

[11]) Schlossmann, Dankwardt a. a. O. S. 39, Wening-Ingenheim S. 222. Dieselbe Pflicht hatte das A. L. K. I 11 § 654 für das pactum de matao dando verbis expressis aufgestellt: Hat jemand durch gültigen Vertrag sich verpflichtet, einem Andern ein Darlehn zu geben, so ist er schuldig, diesen Vertrag zur bestimmten Zeit durch Zahlung der versprochenen Summe in Geld oder geldwerten Papieren zu erfüllen.

[12]) Schlossmann S. 79 a. a. O.

eine ihm obliegende Pflicht. Die Hingabe erfolgt solvendi causa — im Gegensatze zur Hingabe obligandi causa beim Realvertrag — und ist ebensosehr Erfüllung einer Vertragsverbindlichkeit wie die Leistung des Verpächters, Vermieters und Verleihers. Das Recht des Darlehnsnehmers zur Benutzung des Darlehnsgegenstandes ist sonach ein von dem Rechte des Creditgebers abgeleitetes, ein in dem Rechte des Vorberechtigten begründetes. Der Rechtserwerb des Creditnehmers ist translativer Erwerb, d.h. er tritt grundsätzlich kraft des Rechtes des Creditgebers ein[13]. Die res hat demnach regelmässig in einer Handlung des Darlehnsgebers selbst zu bestehen. Zur Darlehnsbegründung reicht die blosse Einigung, dass die bereits aus irgend einem Grunde im Besitze des Schuldners befindlichen Fungibilien als Darlehn geschuldet werden sollen,[14]) nicht aus. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Manigk, der dafür folgendes Beispiel anführt: Würde A und B von ihm gestohlenes Geld zu eigen geben, so könnte C als der frühere Eigentümer mit B einen Darlehnsvertrag dadurch schliessen, dass B jene Geldsumme dem C als Darlehn schulden solle. Hier liegt weder ein Darlehn nach § 607 Abs. 1 noch auch nach § 607 Abs. 2 vor, weil ein Anspruch des C gegen den B vorher nicht besteht. Diese Form der Darlehnsbegründung ist unzulässig, weil es an der erforderlichen translativen Rechtsübertragung fehlt.

b. Pflicht, den Empfänger im Genusse des gegebenen Capitals zu belassen.

Ausser der Pflicht der Eigentumsverschaffung hat der

[13]) Ausnahmen, bei denen der Vermögenserwerb des Darlehnsnehmers nicht durch den dinglichen Eigentumsübertragungsvertrag des § 929 B. G. B., sondern durch einen anderen rechtlichen Tatbestand erfolgt, sind Ersitzung, Vermischung des Darlehnsgegenstandes sowie gutgläubiger Erwerb gemäss § 932 B. G. B. Doch muss auch in diesen Fällen bei der Darlehnsbegründung die Absicht des Creditgebers darauf gehen, dem Creditnehmer sein bisheriges Eigentum an dem Darlehnsgegenstand zu verschaffen.

[14]) So Manigk S. 194 a. a. O. vgl. aber Schöninger S. 139: das Darlehn ist nicht ein mit der Hingabe von Fungibilien verbunde-

Darlehnsgeber die Pflicht, den Empfänger im Genusse des gegebenen Capitals zu belassen. Diese Pflicht ergibt sich aus der wirtschaftlichen Struktur des Darlehns als Vermögensleihe, wonach das tatsächlich in das Vermögen des Empfängers geflossene Geld fremdes Geld und idealer Teil des Vermögens des Darleihers bleibt. Bei der Erörterung dieser Pflicht wendet sich Oertmann gegen die bindende Wirkung der wirtschaftlichen Betrachtung für das Privatrecht.[15]) Die angebliche Belassungspflicht des Darleihers sei nichts anders als eine Suspension seiner Rückforderungsansprüche. Die Rechtsordnung erreiche das wirtschaftliche Ergebnis, dem Entleiher den Genuss des erlangten Capitalpostens zu sichern, durch die Suspension auf andere, im Grunde einfachere Weise als es durch Auferlegung einer Pflicht des Gebers geschehen könne.

Für Oertmann und gegen die Annahme einer Verbindlichkeit zur Gebrauchsbelassung spricht scheinbar die Unmöglichkeit einer Trennung von Sache und Gebrauch. Mit der Erlangung des Eigentums erlangt der Darlehnsnehmer nicht nur die Sache selbst, sondern auch das Recht zur Nutzung derselben. Kauft man eine Sache, so kauft man nicht nur die Sache, sondern daneben auch ihren Gebrauch. Die Möglichkeit des Gebrauches ist nichts Selbständiges, von der Sache verschiedenes, sondern unlöslich mit der Sache verbunden. Wäre nämlich der Gebrauch ein selbständiger Vermögensbestandteil, so würde sich der Wert aller gebrauchsfähigen Sachen verdoppeln[16]) Daher ist die Pflicht zur Gebrauchsbelassung neben der Rechtsverschaffungspflicht scheinbar etwas Paradoxes.

---

ner Verbalvertrag, sondern ein wirkliches Leistungsgeschäft wie die Erfüllungsleistung, die Leistung ob rem, Schenkung.

[15]) Oertmann a. a. O. S. 577, dagegen Aftolter S. 4 a. a. O.

[16]) Rösler a. a. O. S. 346, Knies I S. 347.

Nichtsdestoweniger ergibt sich diese Pflicht zur Capitalsbelassung aus der ökonomischen wie juristischen Struktur des Darlehns. In dem Creditgeschäft hat man ökonomisch nicht nur die Uebertragung des Capitals von dem Gläubiger auf den Schuldner und die Gegengabe des Schuldners an den Gläubiger, sondern auch den dazwischen liegenden Gebrauch des fremden Kapitals zu beachten.[17]) In rechtlicher Beziehung sichert die Eigentumsverschaffung dem Empfänger zwar den augenblicklichen Genuss des Darlehnsgegenstandes, nicht aber den dauernden. Diesen sichert ihm erst die Pflicht zur Capitalsbelassung. Schlossmann führt S. 136 a.a. O. richtig aus, dass in der Zuerkennung des Anspruches auf Zahlung der Darlehnssumme noch keine Entscheidung über das Behaltendürfen und über die Zeit des Behaltendürfens enthalten ist.[18]) Daher kann der Creditnehmer neben dem Interesse an der Leistungsklage auf Zahlung ein solches an der Feststellung haben, dass ihm das Geld „als Darlehn" zu geben sei. Das Interesse an jener Feststellung ist durch die Feststellungsklage zu wahren, „dass der Beklagte nicht befugt sei, das Geld vor dem durch das Gesetz oder die Vereinbarung bestimmten Zeitpunkt zurückzuverlangen."

Der Gegensatz zwischen der juristischen Natur der Pflicht zur Eigentumsverschaffung und der Pflicht zur Capitalsbelassung besteht darin, dass die erste zu den vorübergehenden, die zweite zu den dauernden Leistungen gehört.[19]) Das Wesen der vorübergehenden Leistung

[17]) Knies: Geld I S. 60.

[18]) Vgl. auch § 1077 des sächs. bürg. Ges. Hiernach kann, wenn bei einem Darlehn die Zeit der Rückzahlung nicht bestimmt, oder eine Kündigung ohne Zahlungsfrist bedungen worden ist, die Rückzahlung sofort, vorbehaltlich des Rechtes des Erborgers auf Gestattung einer den Umständen angemessenen Zahlungsfrist verlangt werden.

[19]) v. Savigny: Oblig. 1851, Bd. I S 302.

beruht darin, dass sie nur ein augenblickliches, punktuelles Dasein hat, während die dauernde Leistung sich über einen ganzen Zeitraum hin verteilt.

In der Verbindung der beiden Pflichten tritt der assoziative Charakter des Darlehns zu Tage, der bei der Annahme nur einer Pflicht zur Eigentumsverschaffung verschwindet. In der Ueberlassung eines Capitals zur freien Verwendung liegt die Uebertragung einer Verfügung über Arbeit, welche in Verbindung mit anderer Arbeit produktiv verwendet werden soll.[20]) Der Creditgeber beteiligt sich dadurch an der „Gewinnung, Förderung und Erweiterung einer Gemeinschaft." Ihren äusseren Ausdruck findet diese Beteiligung in den obligatorischen Beziehungen zwischen Creditgeber und Nehmer. Wäre der Creditgeber lediglich zur Eigentumsverschaffung verpflichtet, so könnte er jeden Augenblick nach seinem Ermessen aus der von ihm mitbegründeten Gemeinschaft austreten und diese dadurch vernichten; dieses Recht steht ihm nach dem B.G.B. nicht zu.

Cap. V.

Die Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht.

Der Creditgeber kann die ihm obliegende Pflicht zur Hingabe und Eigentumsverschaffung in doppelter Weise verletzen:

a. Durch Unterlassung:
1) Verzug,
2) Unmöglichkeit der Leistung,

b. Durch positive Zuwiderhandlung gegen die ihm obliegende Leistungspflicht.

I. Die Haftung aus dem Realvertrag.

[20]) Rösler. S. 411 a. a. O.

Aus dem Darlehnsrealvertrag kann, streng genommen, eine Haftung wegen Nichterfüllung nicht hergeleitet werden. Die Gewährleistungspflicht hat eine Hingabe- und Rechtsverschaffungspflicht zur Voraussetzung. Diese sind aber dem Realvertrage fremd. Nichtsdestoweniger gewähren Neumann und ebenso Staudinger-Kober einen Schadensersatzanspruch bezw. einen Evictionsanspruch gemäss § 440 Abs. 2-4 B.G.B. im Falle der Entwehrung. Mit Recht wendet man hiergegen ein, dass vom Standpunkte des reinen Realkontraktes, den Neumann und Staudinger im übrigen vertreten, hier weder Ersatzansprüche noch Verschaffungspflichten in Rede stehen.[21]) U. E. spricht vom Gesichtspunkte des Darlehnsrealvertrages noch Folgendes gegen die Annahme einer vertraglichen, den Regeln des Kaufes folgenden Schadensersatzpflicht. Selbst wenn man die Pflicht zur Eigentumsverschaffung als begriffliches Merkmal des Realvertrages gelten lässt, ist die Anwendung des § 440, 2-4 nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Denn § 440 findet auf den Kaufvertrag, einen wesentlich zweiseitigen, gegenseitigen Vertrag, Anwendung. Der Darlehnsvertrag, ist hingegen nach der Ansicht der Mehrzahl der Realvertragstheoretiker ein streng einseitiger und nach der Ansicht einer kleineren Zahl ein zufällig zweiseitiger Vertrag — ein einseitiger Vertrag mit ev. actio contraria ex mutuo. — Diese Schwierigkeit versucht der ebenfalls auf dem Boden des Realvertrags stehende Kuhlenbeck[22]) dadurch zu umgehen, dass er eine Haftung für Eigentumsverschaffung nicht auf eine Gewährleistungspflicht, sondern auf culpa in contrahendo, § 122 B.G.B., auf das negative Vertragsinteresse — ausserkontraktliche Haftung — gründet. Diese Regelung der Haftung trifft aber diejenigen Fälle nicht, in denen ein

[21]) Oertmann, Schollmeyer S. 64, Cosack § 142 II Ziff. 2.
[22]) Kuhlenbeck: Bd. II S. 216 Anm. 2.

Darlehn infolge Eigentumsüberganges zwar zustande gekommen ist, der Empfänger indessen durch die verdorbenen Gegenstände z.B. einen Schaden erlitten hat.

Aehnlich wie Kuhlenbeck stützen Liebe und Meisner[23]) die Haftung des Creditgebers auf allgemeine Bestimmungen, insbesondere auf die §§ 280, 284 B.G.B. Voraussetzung der Haftung ist, dass der Creditgeber die in der Hingabe der Sachen liegende Zusicherung, dass der Empfänger in der vertragsgemässen Weise über die Sachen solle verfügen dürfen, nicht erfüllt, insbesondere, wenn er Eigentum in einem Falle nicht verschafft, in dem er dazu verpflichtet ist. Indessen haftet der Darlehnsgeber nicht nach Regeln, die nur für einen bestimmten Vertrag gelten.

Diese Ansicht Liebes, dass die Haftungsvorschriften eines bestimmten gegenseitigen Consensualvertrages nicht ohne weiteres auf einen Realvertrag übertragen werden können, ist richtig. Diese Schwierigkeit fällt bei der Auffassung des Darlehns als Consensualvertrag weg, doch taucht hier die Frage auf, ob die wirtschaftliche oder formaljuristische Struktur des Darlehns die Haftungsfrage entscheiden soll.

Haftung für positive Zuwiderhandlung.

Fügt der Darleiher dem Creditnehmer schuldhafter Weise durch mangelhafte Hingabe Schaden zu, so haftet er für Ersatz: v. Schey[24]) trifft hier eine Unterscheidung in dem Rechtsgrund, je nachdem der Mangel Nichtigkeit des Darlehns bewirkt oder nicht. Hat der Mangel Nichtigkeit zur Folge, z.B. bei der Hingabe falschen Geldes oder einer fremden Sache zum Verkaufe, so haftet der

[23]) Liebe a. a. O. Meisner: das Recht der Schuldverhältnisse 1898 S. 176.

[24]) v. Schey S. 94. Windscheid P. II S. 365 Anm. 2 und die dort Aufgeführten.

Creditgeber nach dem Rechte der unerlaubten Handlung. Entsteht aber ein giltiges Darlehn, z.B. bei der Hingabe schlechten Getreides, welches der Entlehner mit den seinigen vermengt, so entsteht eine Haftung aus dem Vertragsverhältnis, eine actio contraria ex mutuo.

Nach Oertmann hingegen gibt es nur 2 Rechtsgründe einer Haftung für Nichterfüllung bezw. schlechte Erfüllung: Vorvertrag und unerlaubte Handlung. Diese Haftungsregelung erscheint unter dem Gesichtspunkte des streng einseitigen Realvertrages durchaus zutreffend. Sie entspricht derjenigen des gemeinen Rechtes. Dieses war der Ansicht, dass für den Darlehnsgeber durchaus keine vertragsmässige Verpflichtung entstehe. Kam der Empfänger durch die schlechte Beschaffenheit des zu Darlehn gegebenen Gegenstandes zu Schaden, so konnte der Darleiher nur insoweit in Anspruch genommen werden, als in seiner Handlungsweise etwas an sich Unerlaubtes lag, also wegen einer die actio doli begründenden Gewissenlosigkeit.

Der Unterschied in dem Rechtsgrunde des Haftungsanspruches ist für die Frage der Verjährung praktisch wichtig. Nach dem Rechte der unerlaubten Handlung verjährt der Anspruch regelmässig in 3 Jahren, von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, (§ 852 B.G.B.) nach dem Vertragsrechte unterliegt der Ersatzanspruch der gewöhnlichen Verjährungsfrist.

II. Die Haftung aus dem Consensualvertrag.

Mit der Gestaltung des Darlehns als Consensualvertrag erfährt auch die Regelung der Haftung eine Umänderung. Soweit dem Creditnehmer überhaupt ein klagbarer Anspruch auf Ausantwortung des Darlehns zusteht, greifen

zunächst die allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. über Verzug und Unmöglichkeit Platz, § 280 ff. B. G. B. Ist der Creditnehmer gezwungen, anderweitig ein Capital aufzunehmen, so haftet der Capitalgeber ihm für das plus an Zinsen, das er etwa zahlen muss. Unter Umständen haftet der Darleiher auch für den weiteren Schaden, z.B. wenn der Entnehmer das Geld zu einer gewinnbringenden Anlage bei einem industriellen Unternehmen bestimmt hatte.[25])

Verschafft der Darleiher das Eigentum nicht, so kann man die Haftung im speziellen nach 2 Gesichtspunkten regeln, und zwar: a) nach der wirtschaftlichen Struktur des Darlehns als Kapitalmiete, b) nach seinem formal-juristischen Aufbau als Eigentumsübergang.

Das Erstere geschieht seitens Kohler's[26])der den Darleiher für Eigentumsübergang und Güte der Wertträger haften lässt, aber nur wie einen Vermieter, der eine mangelhafte Sache zur Verfügung gestellt hat. Die Haftung des Darleihers gestaltet sich danach folgendermassen:

Bei Gebrauchsüberlassung ist anfängliches Unvermögen nur insoweit ein Unvermögen, als es ein den Gebrauch entziehendes oder störendes Element bildet. Haftung für Unvermögen tritt nur ein, falls der Darlehnsnehmer nicht bei Vertragsschluss das Recht des Dritten kannte. Weiter geht die Haftung nicht. Der „Mieter" muss zufrieden sein, wenn er eine fremde Sache gebraucht, sofern seinem Gebrauch kein Hindernis in den Weg gelegt wird; denn der Gebrauch einer Fremdsache hat einen ganz anderen Sinn als die Herrschaft über fremdes Gut. Von

---

[25]) vgl. A. L. R. a. a. O § 655: Tut er dies nicht — das Capital verschaffen — so kann der andere auf Erfüllung klagen, oder auch seines Ortes vom Vertrage wieder abgehen, das etwa schon ausgestellte Instrument zurückfordern und auf Vergütung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens antragen.

[26]) Kohler II S. 363 und S. 262.

für den Fall der Nichterfüllung der Hingabepflicht zudem Gesichtspunkte der Vermögensleihe im Gegensatz zu dem Sachgüteraustausch gelten die Vorschriften über Wandlung und Minderung nicht. Es handelt sich hier nur um ständige Bereitstellung des Gebrauches, nicht aber um Uebertragung eines Gegenstandes. Hieraus ergeben sich folgende Consequenzen für den Creditgeber:

1) Der Creditgeber haftet auch für einen unerheblichen Mangel des Gegenstandes auf Gewährleistung.
2) Ist die Sache bereits zur Zeit des Vertragsschlusses mangelhaft, so haftet der Creditgeber für Schadensersatz, auch wenn er nicht etwas Besonderes zugesichert oder arglistig verschwiegen hat, ja auch dann, wenn er nicht einmal im Verschulden ist - § 538 B.G.B. analog.

U. E. sind indessen die Bestimmungen über die Miete für die Haftungsregelung der Eigentumsverschaffung nicht anwendbar. Das Darlehn ist als wirtschaftliches Phänomen zwar Gebrauchsüberlassung, dieser Zweck wird in erster Linie indessen durch das juristische Mittel der Eigentumsverschaffung erreicht; es genügt zum Darlehnsbegriff nicht die ständige Bereitstellung der Sache, es ist vielmehr Eigentumsverschaffung erforderlich, da der Gebrauch im Verbrauche besteht und regelmässig eine Substanzzerstörung bewirkt. Die zwecks Erfüllung vorgenommene Eigentumsübertragung ist translativ; es sind daher die für den Kaufvertrag geltenden Bestimmungen analog anzuwenden. Wird der Darlehnsgegenstand dem Darlehnsnehmer nach der Uebergabe entwehrt, so haftet der Geber auf Grund seiner Verschaffungspflicht entsprechend dem § 440, 2-4 B.G.B.[27]) Für Sachmängel haftet der Creditgeber ebenfalls entsprechend den Bestimmungen über den Kaufvertrag. Wandelung und Minderung sind zulässig.

[27]) Dagegen Crome II S. 596: Die Gewährleistungspflicht ist ein „Schemen."

War das Darlehn in genere zugesagt, so hat der Darlehnsnehmer ausser dem Schadensersatzanspruch wegen Mangels im Rechte und Mängel der Sache das Recht auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache derselben Gattung. § 480 B.G.B. analog.[28])

Cap. VI.

Pflichten des Nehmers.

Den Pflichten des Darleihers steht eine Reihe von Creditnehmerpflichten gegenüber:

1) Die Pflicht zur „Annahme" des Capitals,
2) die Pflicht zur Rückgabe,
3) Die Zinspflicht, letztere indessen nicht als Consequenz der rechtlichen Natur des Darlehns, sondern nur als Produkt besonderer vertraglicher Vereinbarung.

Die Pflicht zur Annahme des Capitals.

1) Realvertrag.

Bei der Construktion des Darlehns als Realvertrag ist eine Pflicht zur Annahme der Darlehnssumme nicht denkbar. Der Vertrag kommt erst mit der Herstellung eines tatsächlichen Verhältnisses, der Uebereignung der Darlehnsvaluta, zustande; bis zur Herstellung dieses Zustandes existiert kein Darlehn. Die Folge hiervon ist: Eine Pflicht des Creditnehmers zur Annahme ist nicht denkbar.

2) Consensualvertag.

Wesentlich anders gestaltet sich die Rechtslage bei dem Darlehnskonsensualvertrag. Hier ist einerseits eine klagbare Pflicht des Creditgebers zur Uebergabe der Darlehnsvaluta vorhanden, die beim Darlehnsrealvertrag fehlt. Dieser Erfüllungsleistung des Creditgebers korrespondiert die Annahme durch den Creditnehmer. Die Annahme„leistung"

[28]) Schlossmann a. a. O. S. 137.

ist in 2 Formen denkbar: a) lediglich als Mitwirkungshandlung des Gläubigers bei der Erfüllung durch den Schuldner, deren Unterlassung mora accipiendi bewirkt, und b) als wahre Schuldnerleistung, deren schuldhafte Unterlassung Schuldnerverzug herbeiführt.

Die Annahme durch den Creditnehmer ist stets, mag es sich um ein verzinsliches oder unverzinsliches Darlehn handeln, mindestens als Mitwirkungshandlung, deren Nichtannahme Gläubigerverzug nach sich zieht, aufzufassen. Auch wenn die Annahme über den Rahmen der gewöhnlichen Mitwirkungshandlung hinausgeht, ist sie keine Leistung im Sinne des § 241 B.G.B., sie erzeugt demnach keine Klage auf Erfüllung. Hingegen kann der Creditgeber unter Umständen auf Feststellung klagen, „dass sein Angebot völlig in Ordnung gehe, und dass er demgemäss von seiner Leistungspflicht befreit ist, bezw. sich befreien kann."[29]) Die Unterlassung der Annahme ist Unterlassung der Mitwirkung seitens des zur Annahme berechtigten Gläubigers. Diese Unterlassung führt die Wirkungen des Annahmeverzuges herbei, vor allem bewirkt sie gemäss § 300, Abs. 2. den Gefahrübergang hinsichtlich des Darlehnsgegenstandes. Kohler bezeichnet das Darlehn nun zwar ebenfalls als Consensualvertrag, er lehnt indessen eine dem Kaufgeschäft entsprechende Regelung des Gefahrüberganges ab.[30]) Er meint, man dürfe der Versuchung nicht Raum geben, das Darlehnsgeschäft mit dem Kaufgeschäft parallel zu setzen; auch wenn die Rückzahlung in anderer Art und Güte erfolgen solle, so bleibe immer noch der Gedanke, dass die Rückgabe wirklich R ü c k g a b e sei; der Darlehnsempfänger könne niemals zur Rückgabe dessen verpflichtet sein, was er gar nicht empfangen habe. Daher gehe die Gefahr für den Fall

[29]) Kohler: Arch. ziv. Pr. 17. S. 305, Romeik: Fristbestimmung S. 60.
[30]) Kohler: Arch. b. R. II S. 231.

des Versprechens der Lieferung einer species — z.B. der Hingabe von bestimmten 20 Flaschen Wein gegen Restitution von tantundem — auf den Leiher erst mit der Uebernahme über. Sie gehe nicht schon mit dem Vertrage, auch nicht mit der mora accipiendi über: Denn mit der mora accipiendi gehe nur die Gefahr in Bezug auf die Gegenleistung, nicht in Bezug auf die Rückleistung über.

Diese Trennung der Gefahrregelung bei der mora accipiendi hinsichtlich der Gegenleistung und der Rückleistung ist ein künstlicher in das Gesetz hineingetragener Unterschied, den dieses selbst nicht kennt. Hier tritt bei Unterlassung der Mitwirkung seitens des Gläubigers Annahmeverzug ein,. ohne Rücksicht darauf, ob der Leistung des Gläubigers eine Leistung des Schuldners als Aequivalenzleistung korrespondiert oder nicht.An den Annahmeverzug als solchen knüpft sich allgemein mit zwingender Wirkung der Gefahrübergang an § 300, Abs. 2. B.G.B. Aus der Natur des Darlehns als Consensualvertrag folgt die Wertung der Annahme als Mitwirkungshandlung des Gläubigers bei der Erfüllung. Die Gefahrtragung gestaltet sich hiernach in einem praktischen Falle so: A geht den B um ein Darlehn an, B schreibt zurück, das Geld liege bereit und sei bis zum Abend abzuholen. A kommt nicht. B brennt in der folgenden Nacht ohne Verschulden ab, das Geld geht unter[31]) Hier geht der Untergang zu Lasten des B, weil ein fester Darlehnsvertrag noch nicht zu stande gekommen war und eine vertragliche Verpflichtung des A, das Geld am Abend abzuholen, durch einseitige Bestimmung des B nicht geschaffen werden und sonach A nicht in Verzug kommen konnte.

[31]) Das Beispiel rührt von Leonhard-Eck her. Die Entscheidung wird ebenfalls von Krückmann: „Kritisches zu Ecks Vorträgen" gebilligt.

Hingegen lautet die Entscheidung anders in folgendem Beispiel, in welchem ein Darlehnsvertrag zum festen Abschluss gekommen ist. Ein Gutsbesitzer bestellt sich einen Geldmann auf sein Gut, um sich von ihm 10 000 M Darlehn geben zu lassen. Der Geldmann kommt, wird wegen Krankheit des Besitzers nicht vorgelassen, kehrt um und wird beraubt. Hier trägt der Besitzer die Gefahr.[32])

Der Zeitpunkt des Gefahrüberganges ist ein anderer beim Realvertrag als bei dem Consensualvertrag. Beim Realvertrag tritt der Gefahrübergang erst mit der vollendeten Uebergabe, nicht aber bereits mit der Absendung an den Empfänger ein, wie Cosack[33]) inkonsequent von seinem Standpunkte als Anhänger der Realvertragstheorie annimmt. Es ist Oertmann darin beizupflichten, dass bei der Annahme des Darlehns als Realvertrag erst der tatsächlich vollzogene Empfang der Valuta den Gefahrübergang bewirkt. Bereits mit der Absendung des Gegenstandes bezw. der Aufgabe zur Post tritt entsprechend wie bei dem Kaufvertrage der Gefahrübergang bei der Construktion des Darlehns als Consensualvertrag ein. Aus der Identität der ersten Pflicht des Creditgebers mit der Pflicht des Verkäufers — Eigentumsverschaffung — folgt die Berechtigung der Analogie. Für das Gebiet des Vorvertrages — pactum de mutuo dando — steht Oertmann auf ähnlichem Standpunkt. Hier soll der Gefahrübergang sich nach § 300, Abs. 2 regeln. Eine Ausnahme erfährt diese Rege-

[32]) So auch Eck. Scherer lehnt die 2te Entscheidung als unzutreffend mit folgender Begründung ab: Erst vom Moment des Verzuges ab trage derjenige die Gefahr, welcher im Verzuge sei § 284, 286 B. G. B. Es liege hier aber kein Verzug vor. Scherer übersieht, dass die von ihm zitierten §§ vom Schuldner- nicht Gläubigerverzug handeln. Indessen hat nicht der Schuld, ner-, sondern der Gläubigerverzug die Wirkung des Gefahrüberganges, § 293 ff. Daher ist die Begründung Scherers nicht richtig. vgl. Scherer. Comm. z. B. G. B. II S. 806 No. 5.

[33]) Cosack § 142, 4 a. a. O.

lung der Gefahrtragung beim Gelddarlehn. Für Geldschulden gilt die Bestimmung des § 270 B.G.B., wonach der Schuldner im Zweifel Geld auf seine Kosten und Gefahr dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat. Eine Ausnahme dieser Ausnahmebestimmung besteht beim Gelddarlehn, dessen Gegenstand eine Geldspezies ist; hier regelt sich der Gefahrübergang nach dem allgemeinen Princip, weil die Geldpeziesschuld nach allgemeiner Anschauung als eine Sachschuld, nicht als eine Geldschuld betrachtet wird.

Die Annahme ist an und für sich nur Mitwirkungshandlung des Gläubigers, und zwar sowohl beim unverzinslichen wie beim verzinslichen Darlehn. Sie ist niemals Schuldnerleistung im Sinne des § 241 B.G.B. Bei unverzinslichen Darlehn liegt diese Wertung der Annahme sehr nahe. Es wäre widersinnig, wollte man den Creditnehmer zur Annahme eines Vorteils zwingen, den er nicht mag. Diese Auffassung wird nicht allenthalben geteilt. So erachtet z.B. Sintenis auch beim unverzinslichen Darlehn ein Interesse des Darleihers an der wirklichen Abnahme durch den Creditnehmer für zulässig, z.B. wenn der Gläubiger im Begriffe steht, eine grössere Reise zu machen und durch die Weigerung des Creditsuchers genötigt sein würde, das Geld anderwärts aufbewahren zu lassen. Sintenis hat hier einen anormal gestalteten Fall im Auge, in welchem das Darlehn gar kein unentgeltliches Darlehn ist, das Entgelt für die Hingabe des Darlehns vielmehr ein besonders geartetes Aequivalent, — das Versprechen der Aufbewahrung — ist. Liegt aber ein entgeltliches Darlehn vor, so kann zwar niemals auf die Annahme als Schuldnerleistung, wohl aber auf das Entgelt geklagt werden. Das Entgelt kann in mannigfacher Gestalt vorkommen, z.B. als Zinsen oder Aufbewahrung.[34]) Die Entgeltlich-

[34]) Bornemann: Preuss. Pr. R. III S. 143, Kohler: Arch. b. R.II 230.

keit setzt regelmässig eine besondere Zusage voraus. Ohne besondere Zusage ist Entgeltlichkeit des Darlehnsanzunehmen, wenn das Darlehnsversprechen seinerseits den Bestandteil eines zweiseitigen Vertrages bildet, und nach der Parteiauffassung das ganze Geschäft ohne das Darlehnsversprechen nicht zustande gekommen wäre, z.B. bei der Zusage einer Hypothek gegen Darlehnshingabe, oder wenn jemand sein Landgut verkauft unter Creditierung des Kaufpreises und der Verkäufer dem Käufer die unverzinsliche Darleihung eines Kapitals verspricht, dessen der Käufer vielleicht zur Retablierung des Gutes benötigt.[35])

Der Annahmeverzug tritt nicht nur dann ein, wenn der Creditnehmer die Annahme des Capitals verweigert, sondern auch, wenn er erklärt, das Darlehn zwar annehmen zu wollen, allein er sich weigert, die dafür versprochene Gegenleistung zu verschaffen. Eine solche Erklärung steht der Weigerung der Annahme vollständig gleich.[36])

Wirkungen des Annahmeverzuges.

Die Wirkungen des Annahmeverzuges sind doppelter Natur: sie beeinflussen unter Umständen die Leistungspflicht des Creditgebers und die Gegenleistung des Creditnehmers - Reflexwirkung auf die Zwillingsobligation. - Die Einwirkung auf die Leistungsfähigkeit des Creditgebers besteht in dem Gefahrübergang hinsichtlich der Erfüllung. Die Rückwirkung auf die Gegenleistungpflicht des Creditnehmers äussert sich in dem Rechte des Gläubigers auf eine Klage auf Annahme in dem Sinne, dass er, sobald er das Geld bereit gelegt hat, einen Anspruch auf soviel hat, als der Leiher zu verzinsen hätte, wenn er das

[35]) Das Beispiel ist Schlossmann a. a. O. S. 80 entnommen. Daselbst noch andere.

[36]) § 298 B. G. B. Für das alte Recht Seuff. Arch. Bd. II S. 215 Bd. IV No. 32, Bd. X No. 37, Seuff. prakt. Pand. Bd. II § 320 Puchta: Pand. § 304 No. Vorlesungen § 251.

Geld rechtzeitig angenommen hätte.[37]) Zum Entstehen der Zinspflicht ist eine Deposition des Kapitals nicht erforderlich, auch in den Fällen nicht, in welchen eine bestimmte Zeit zur Abnahme des Kapitals nicht festgesetzt ist. Es genügt ordnungsmässiges Angebot des Kapitals, da die Zinsen ein Aequivalent nicht nur für den dem Schuldner gewährten Geldgenuss, sondern auch eine Entschädigung für den dem Gläubiger entzogenen Geldgenuss bilden.[38])

Verleiht der Creditgeber das zugesagte Kapital anderweit verzinslich, so muss er von den Zinsen, die ihm der Creditnehmer versprochen hat, die tatsächlich gezogenen abziehen. Kohler macht für diesen Fall den gesetzgeberischen Vorschlag,[39]) eine durchgreifende Bestimmung zu geben, indem der Darleiher gehalten sein soll, ein für allemal einen gewissen Zinsfuss in Abzug zu bringen. Die Aufnahme einer derartigen Gesetzesbestimmung ist indessen mit Rücksicht auf die am Geldmarkte zuweilen herrschenden starken Schwankungen und Geldversteifungen, aus praktischen Gründen also, u.E. nicht gerechtfertigt.

Besteht das Aequivalent in einer andern Leistung des Creditnehmers, so wird diese mit dem ordnungsmässigen Capitalangebot fällig und einklagbar. Ist das Aequivalent eine Depositarleistung des Creditnehmers, so kann der Darleiher zwar auf „Abnahme" als körperliche Hinwegnahme und Aufbewahrung klagen, praktisch werden aber für die Mehrzahl der Fälle die Bestimmungen über den Gläubigerverzug das Interesse des Darleihers ausreichend

[37]) Den gleichen Standpunkt vertrat das A. L. R. bei dem schriftlich abgeschlossenen Darlehnsversprechen. A. L. R. I. 11 § 658: Der Borger, welcher das Darlehn gesucht hat, ist verpflichtet, die schriftlich versprochene Summe anzunehmen. § 659: Weigert er sich dessen, so muss er den Andern schadlos halten.

[38]) Kohler in lher. Ib. Bd. 17 S. 386.

[39]) Kohler: Arch. b. R. II S. 231.

schützen. Denn auch der Gläubigerverzug gewährt das Recht zur Hinterlegung und legt die Kosten der Aufbewahrung dem im Verzuge befindlichen zur Last.[40]) Entsteht durch die Unterlassung der Aufbewahrung ein weiterer Schaden, z.B. infolge Ansteckung, so haftet der Darlehnsnehmer nach den Vorschriften über den Schuldnerverzug.

pactum de mutuo dando und Darlehnsversprechen.

Die Funktion des pactum de mutuo dando ist diejenige des einseitigen Consensual-Darlehnsvertrages. Hervorzuheben ist hier, dass eine Anzahl Autoren bei Weigerung der Annahme seitens des Creditgebers einen sofortigen Anspruch auf Schadensersatz zulässt,[41])ohne dassVerzugseintritt erforderlich wäre. Gleiches gilt für das Darlehnsversprechen. Die Weigerung der Annahme seitens des Darlehnsnehmers ersetzt den Nachweis des fehlenden Interesses an der Hingabe auf Seiten des Creditgebers, sie macht auch die Mahnung überflüssig, weil infolge der Weigerung die Vermutung entsteht, dass das Ziel der Mahnung, den Schuldner zur sofortigen Leistung zu veranlassen, nicht erreicht werden wird.

b. Die Zurückgabepflicht.

Der Darlehnsvertrag verpflichtet den Creditnehmer zur Rückgabe einer gleichen Quantität derselben Qualität, als er empfangen hat. Der wirtschaftlichen Classifizierung des Darlehns als Vermögensleihe entsprechend erscheint der Anspruch auf Rückgabe als eine der Eigentumsvindikation entsprechende Klage auf Rückgabe des suum, als ein repetere des Seinigen. Ebenso bezeichnet sie Kiessel-

[40]) § 304 B. G. B.

[41]) Nicht in allen, sondern in vielen Fällen. Oertmann, Staudinger-Kober, weil die Aufdrängung eines Darlehns an einen widerwilligen, säumigen Empfänger für den Geber kein Interesse bietet.

bach.[42]) Gegen diese Bezeichnung als repetitio sui spricht allerdings der Eigentumsübergang auf den Entnehmer. Dieser sich aus dem Gegensatz zwischen wirtschaftlicher und juristischer Struktur ergebende Widerspruch erhält dadurch seine Lösung, dass das Recht an den meisten Sachen, „nicht das Einzelding, sondern die Summen ihres Gewichtes oder ihres Umfanges mit ihrer Art und Güte allein" schätzt. Daher sind für dasselbe dem im Verkehr herrschenden Gedanken gemäss gleiche Summen gleicher Art dieselbe Sache. Diese besteht, hat ihren Bestand in den Gewichtszahlen oder Maasssummen. Das nichtkörperliche Abstraktum, scharf genug bestimmt, um als wirklich zu gelten, so lange die Gattung noch in Wirklichkeit existiert, wird dem Rechte zur Sache selbst; und genus perire nequit.[42])

a. Empfang.

Bedingung der Rückgabe ist der Empfang des Darlehns.

Die Pflicht zur Rückgabe wird ebenso wie bei der locatio conductio rei erst durch die Auszahlung des Capitals eine unbedingte. Auch ohne Empfang ist der Creditnehmer in denjenigen Fällen, in welchen nach Gefahrübergang die Hingabe des Darlehnsgegenstandes infolge des Annahmeverzuges ohne Verschulden des Creditgebers unmöglich wurde, zur Rückgabe verpflichtet. Beim Bestreiten des Empfanges ist der Darlehnsgeber zum Beweise der Hingabe verpflichtet. Diese Beweisfunktion übernimmt regelmässig der Schuldschein. Diesem gegenüber ist der Nachweis des Darlehnsnehmers zulässig, dass er die Valuta nicht erhalten habe, dass dieselbe ihm entwehrt worden ist, oder dass der Schuldschein unrichtig ist.[43])

b. Zeitablauf.

Die Klagbarkeit des Rückgabeanspruches hängt in zwei-

[42]) Kiesselbach in v. Gerbers Iherings Jahrb. V. S. 16 f.; Gruchot in Gruch. Beitr. 12. S. 644 f. [43]) R. G. E. in Gr. Beitr. 34. S. 963. R. G. E. Bd. 56. S. 230 Seuff. Arch.: Bd. 59 N. 122.

ter Linie von dem Ablauf der für die Benutzung des Kapitals festgesetzten Zeit ab.

1) Ist eine Zeit für die Benutzung des Kapitals nicht bestimmt, so ist die Fälligkeit des Darlehns durch eine Kündigung des Gläubigers bedingt. § 609 Abs. 1. B.G.B.

Die Kündigungsfrist beträgt bei Darlehn von mehr als 300 M 3 Monate, bei Darlehn von geringerem Betrag 1 Monat. § 609 Abs. 2. Diese Bestimmungen des B.G.B. über Kündigung der Kapitalmiete stehen in einem Gegensatz zu den Kündigungsvorschriften über Sachmiete, § 566 B.G.B. Bei der Sachmiete ist die Kündigung nur für den Schluss bestimmter Kalendermonate zulässig, bei der Kapitalmiete kann sie für einen jeden beliebigen Tag erfolgen.

Beim unverzinslichen Darlehn enthalten die Kündigungsvorschriften eine lex pro reo, beim verzinslichen Darlehn auch eine lex pro creditore. Im Falle des zinslosen Darlehns kann der Schuldner die Darlehnssumme ohne Kündigung zurückerstatten, § 609 Abs. 3. Damit entfällt die Verpflichtung zur Innehaltung einer Kündigungsfrist. Diese Regelung ist eine analoge Anwendung des im § 271,2 B.G.B. ausgesprochenen Grundsatzes, wonach die Bestimmung einer Leistungszeit im Zweifel als im Interesse des Schuldners getroffen anzusehen ist. Anders sind die Vorschriften über Kündigungsfristen beim verzinslichen Darlehn auszulegen. Das verzinsliche Darlehn ist im Gegensatz zum unverzinslichen Darlehn regelmässig nicht Wohltätigkeits- oder Freundschaftsakt, sondern Erwerbs- und Verkehrskreditgeschäft. Daher hat der Gläubiger ein Interesse daran, zu erfahren, wann ihm das Darlehn zurückerstattet werden soll, damit er die Gelegenheit wahrnehmen kann, das Geld an anderen Stellen wieder nutzbringend anzulegen. Die Kündigungsvorschriften beim verzinslichen Darlehn enthalten demnach auch eine lex pro creditore. Der Schuldner ist verpflichtet, zu kündigen, ehe

er das Kapital zurückerstattet. Kündigt er nicht, so läuft der Vertrag weiter, bis von dem einen oder anderen Teil eine Beendigung des Rechtsverhältnisses herbeigeführt wird; bis zur Beendigung lastet auf dem Schuldner die Zinspflicht.

Aus dem Erfordernis einer Kündigung beim Fehlen einer Vereinbarung über die Zeitdauer des Vertrages ergibt sich eine gegensätzliche Stellungnahme des B.G.B. zu dem gemeinen Recht. Nach dem gemeinen Recht war das Darlehn jederzeit einforderbar, wenn über die Zeit des Darlehns nichts ausgemacht war.[44]) Die Regelung des B.G.B. entspricht sowohl mehr den Interessen der Parteien als auch dem Wesen des Darlehns. Aus dem Begriff des Darlehns als Capitalsüberlassung folgt, dass dem Creditnehmer, wenn auch nur kurze Zeit, Gelegenheit gegeben werde, das Capital zu gebrauchen. Die Zulassung der sofortigen Einforderbarkeit würde dem Geschäft den Typus des Darlehns nehmen und es zum depositum stempeln.

Behauptet der Schuldner einen entfernteren Rückzahlungstermin oder eine längere Kündigungsfrist als die gesetzliche, so ist die Beweislast zweifelhaft. Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller legt als natürlich und zweckmässig dem Creditnehmer die Beweislast auf.[45])

Ausschluss der Kündbarkeit.

Eine noch ungeklärte Frage ist die Unkündbarkeit des Darlehns. Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmungen.

Eine vollständige Ausschliessung des Kündigungsrechtes auf beiden Seiten würde dem Begriffe des Darlehns widersprechen, weil die Rückzahlungspflicht Element des Darlehnsrechtsgeschäftes, und die Kündigung nichts anderes

[44]) Windscheid P. II S. 366, Seuff. Arch. V. S. 367.

[45]) R. G. E. Bd. 57 S. 50 und die dort angegebene Litteratur. Dernburg II S. 247, v. Schey S. 102. Crome II S. 602 Schneider im Recht 1904 S. 592.

lung zu leisten.[46]) Die Litteratur nimmt zu dieser Frage nur Stellung unter dem Gesichtspunkte des Ausschlusses des Kündigungsrechtes eines der Contrahenten. Den Ausschluss des Kündigungsrechtes auf Seiten des Gläubigers erachtet man allgemein als zulässig. Hingegen ist der Ausschluss des Kündigungsrechtes auf Seiten des Schuldners nicht unbestritten. Cosak und Endemann[47]) nehmen an der Unkündbarkeit keinen Anstoss, während die allgemeine Anschauung nach Analogie der Sachmiete § 567, § 1202 Abs. 2 B.G.B. die Unkündbarkeit auf 30 Jahre beschränken will. Diese sieht in der Vereinbarung der Unkündbarkeit mit Recht einen Verstoss gegen den öffentlichrechtlichen Grundsatz der Freiheit, der überall im heutigen Recht gewährleistet wird, oder einen Verstoss gegen die guten Sitten[48]). Endemann bezeichnet diese Auffassung als zu weitgehend und nimmt das Recht der Unkündbarkeit für einzelne Fälle des verzinslichen Darlehns an, wenn der Gläubiger sich den Zinsanspruch auf ewige Zeiten sichern will. Ein solches Ewiggeld soll insbesondere bei kleinen Beträgen oder Capitalien, deren Erträgnisse dauernd zu Stipendien verwertet werden soll,en, einem schutzwürdigen Interesse entsprechen. U. E. ist die allgemeine Anschauung zutreffend. Besteht ein schutzwürdiges Interesse, so kann es durch eine andere Rechtsform als durch Darlehn gewahrt werden. Das bürgerliche Recht steht in einem Gegensatz zu den vielfach feudalen Bestrebungen älterer Rechte. Bereits vor seiner Herrschaft bestimmte § 92 des preuss. Gesetzes vom 2. März 1850, dass die Kündigung von Kapitalien, welche einem Grundstück oder einer Gerechtigkeit auferlegt werden, nur während eines bestimmten Zeitraumes, der 30 Jahre nicht übersteigen darf, ausgeschlossen werden kann.

[46]) Entsch. des Obertriebunals in Strieth. Arch. Bd. 9 S. 257.
[47]) Cosack § 142 IV Ziff. 5, Endemann Bd. I S. 1159.
[48]) Crome, Planck.

2. Ist für die Kapitalsüberlassung eine Zeit festgesetzt, so kann das Darlehn erst nach Ablauf der Zeit, dann aber ohne weiteres zurückgefordert werden. Beim verzinslichen Darlehn enthält die Festsetzung einer vertraglichen Nutzungsfrist eine adiectio diei für beide Teile, sodass der Schuldner nicht vorzeitig zahlen, der Gläubiger nicht vorzeitig zurückfordern darf. Beim unverzinslichen Darlehn ist hingegen der Schuldner berechtigt, das Kapital vor Ablauf der Zeit zurückzugeben. Dieses Recht des Schuldners ergibt sich durch Analogieschluss aus § 609 Abs. 3. B.G.B., welcher beim unverzinslichen Darlehn, — falls eine Kündigungfrist nicht vereinbart ist — dem Schuldner gestattet, das Darlehn ohne Innehaltung irgend einer Kündigungsfrist, also auch der gesetzlichen, zurückzugeben.

relocatio tacita.

Zweifelhaft ist die Möglichkeit einer relocatio tacita, d.h. einer stillschweigenden Verlängerung des Darlehns, wenn nach Ablauf der Vertragszeit das Darlehn weder von der einen Seite zurückgefordert noch von der anderen Seite restituiert wird. Crome lehnt die Analogie der Sachmiete ab, wonach das Mietsverhältnis nach Ablauf der Mietszeit als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt, sofern nicht der Vermieter oder Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von 2 Wochen dem anderen Teile gegenüber erklärt, § 568 B.G.B., hingegen sprechen sich Ehrlich und Dankwardt dafür aus.[49]) Gegen die unmittelbare analoge Anwendung des positiven Rechtssatzes über die Miete spricht u. E. die Tatsache, dass die Darlehnsschuld, wenn sie eine Geldschuld ist, mit der Beendigung der Vertragszeit zu einer gewöhnlichen Geldschuld wird, die der Schuldner auf seine Kosten und Gefahr dem Gläubiger zu übermitteln hat; eine entspre-

[49]) Ehrlich a. a. O. S. 160. Dankwardt S. 40 a. a. O.

chende Bestimmung fehlt bei der Sachmiete, sodass der Boden für eine direkt analoge Anwendung fehlt. Immerhin spricht andererseits kein Grund gegen die Möglichkeit, das Darlehn durch Fortsetzung des durch den ursprünglichen Vertrag begründeten dauernden Verhältnisses zu erneuern. Diese Möglichkeit ist auch bei Realverträgen nicht ausgeschlossen. Der Gläubiger kann nach Eintritt der Fälligkeit der Schuld diese als nicht fällig behandeln und jenes Verhältnis als fortbestehend betrachten, welches bis zur Fälligkeit vorlag. Eine derartige Verlängerung ist beim Darlehn nicht ohne weiteres wie bei der Miete als fortbestehend zu vermuten, sondern es muss aus den Umständen sich ein Schluss auf die Willensmeinung des Gläubigers ermöglichen lassen. Rechtlich liegt keine eigentliche relocatio, d.h. ein neuer Vertragsschluss vor, sondern ein Verzicht des Gläubigers auf die zeitige Rückstellung. Ist eine Verlängerung nicht anzunehmen, so muss der Schuldner leisten und kann ohne weiteres in Verzug gesetzt werden.

3. Ausser den Fällen mit festbestimmter Leistungszeit und denjenigen, in welchen eine Zeit nicht bestimmt ist, gibt es Fälle, in denen zwar einerseits bestimmt ist, dass nicht sofort zurückgegeben werden soll, andererseits das Darlehn auch nicht auf unbestimmte Zeit und nicht auf Kündigung gegeben ist. Es kommen hier Darlehen in Frage, bei denen die Leistungsverpflichtung selbst zweifellos feststeht, während die Leistungszeit in allgemeinen unbestimmten Ausdrücken ausgesprochen ist, z.B. wenn der Creditnehmer erklärt: „Ich zahle ehestens, sobald als tunlich, nach und nach."Es greifen die Allgemeinen Bestimmungen über die Leistungszeit Platz; die Parteiabsicht erfährt durch richterliche Bestimmung eine autentische Interpretation. Der Richter hat unter Würdigung der Umstände die Leistungszeit nach billigem Ermessen zu be-

stimmen. Diese Bestimmung durch den Richter hat konstitutive Wirkung.[50])

Inhalt des Rückgabeanspruches.

Regelmässig ist der Darlehnsnehmer verpflichtet, das Empfangene in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Die Verpflichtung auf Rückgabe geht auf tantundem in genere, nicht auf idem. Seinen Ursprung hat dieser Inhalt der Rückgabepflicht in der Erscheinung, dass die Begründung von Eigentumsrechten auf Seiten des Empfängers regelmässig zu einem Verbrauche der hingegebenen Substanz führt, wodurch die Rückerstattung desselben Sachindividuums unmöglich wird. Eine Rückgabe von idem wird nur dort vorkommen, wo der Darlehnsnehmer nicht in die Lage versetzt war, zu einer Verwertung des Empfangenen zu schreiten.[51])

Interessant ist das Problem des quantitativen und qualitativen Inhaltes der Rückgabeverpflichtung. § 607 B.G.B. lautet: Der Empfänger ist verpflichtet, das Empfangene in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Es ist zulässig, dass die Parteien verabreden, es solle der Empfänger ein grösseres oder geringeres Quantum als das Erhaltene, aber die gleiche Art und Güte zurückerstatten, — quantitative Differenz zwischen Hin- und Rückleistung. —

Die Parteien können auch verabreden, dass zwar das gleiche Quantum aber von anderer Art oder anderer Güte als das Empfangene zurückgeleistet werde — qualitative Differenz zwischen Hin- und Rückleistung, heterogene Beschaffenheit beider Leistungen. —

Es ist hier nötig, die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung, die unbedingt zu

[50]) Motive II S. 38, R. G. E. Bd. 64, 1 Heft S. 114 f.
[51]) Staudinger-Kober S. 363.

bejahen ist, von der Frage zu trennen: Liegt bei einer solchen Verabredung noch ein Darlehn vor? Die Zulässigkeit einer Differenz zwischen Hin- und Rückleistung ergibt sich für das B. G. B. aus der Bestimmung des § 242 B. G. B.: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Demgemäss unterliegt auch die Schuldnerverpflichtung aus dem Darlehnsvertrage der Abschätzung nach Treu und Glauben; es ist nicht erforderlich, dass sie sich strikte an den Umfang des Empfangenen halte.[52]) Vielmehr kann der Creditnehmer zur Rückleistung von mehr oder weniger als er empfangen hat, verpflichtet werden. Nur darf durch eine solche Abrede der Wuchertatbestand nicht verwirklicht werden. Innerhalb der Wucherschranke ist das Geschäft gültig.

Die rechtliche Natur dieser den Normaltyp des Darlehns abändernden Beredungen bezeichnen Oertmann und Planck mit „Zusatzabrede zum Darlehn". Dieser Ausdruck gibt den wirklichen Sachverhalt nicht treffend wieder. Es werden nämlich nicht 2 Verträge geschlossen: 1) Der Darlehnsvertrag durch welchen sich der Creditnehmer verpflichtet, das gleiche Quantum gleicher Qualität zurückzuerstatten, und 2) ein dem Darlehnsvertrag zeitlich nachfolgender und inhaltlich abändernder — Modifikationsvertrag, sondern es wird nur ein Vertrag geschlossen, dessen causa debendi von der normalen Darlehnskausa insofern abweicht, als der Umfang des Obligationsinhaltes verändert wird. Derartige quantitative Abänderungen der normalen Darlehnsverpflichtung verändern den Typ des Darlehnsgeschäftes nicht. Die Verabredung einer grösseren Rückleistung findet sich sehr häufig beim Immobiliengeschäftsverkehr. Hier erhält der Geldgeber ausser den Zinsen oft ein weiteres Entgelt dadurch, dass der Schuldner nicht den vollen Nominal-

[52]) Stammler S. 53, Krahmer S. 77.

betrag der Hypothek, sondern weniger erhält. Man bezeichnet diese Mehrvergütung im allgemeinen mit agio, beim Immobiliengeschäftsverkehr nennt man sie damno. Die rechtliche Natur dieser Extravergütung kann nicht als Zins, als Rechtsfrucht des Capitals, aufgefasst werden.[53]) Die Auffassung dieses Mehr an Capital als Zins hätte seine Unterwerfung unter die Vorschriften der kurzen Verjährung zur Folge, denen es unzweifelhaft nicht unterliegt. Die farblose Bezeichnung „Entgelt für Capitalüberlassung" gibt die Rechtsnatur nicht wieder, da das Entgelt ausser der Mehrvergütung bereits durch die Zinsen zum Ausdruck gebracht ist. Das damno ist ferner weder Abschlussprovision für die Vermittlung des Darlehns noch auch kapitalisierter Zins. Nussbaum[54]) kommt bei der Schwierigkeit einer juristischen Classifikation des damnos zu dem unfruchtbaren Resultat: „Das damno ist eben ein damno und nichts anderes."

U.E. ergibt sich das Wesen der Extravergütung aus der wirtschaftlichen Struktur des Darlehns als Vermögensleihe. Bei der andern species des Geschlechtsbegriffes Vermögensleihe, der Sachleihe, steckt in dem Preise für die Gebrauchsleise zuweilen ein Doppeltes: ein Entgelt für den Gebrauch und ein Entgelt für den Verbrauch. Das ist der Fall, wo der Gebrauch mit dem Verbrauch zusammentrifft, z.B. bei dem Leihen neuer Möbel oder Maskenanzüge. Hier hat der Gebrauch gleichzeitig eine Wertveränderung zur Folge, die eine „Abnutzungsgebühr" als berechtigt erscheinen lässt. Der gleiche Gedanke einer Gebühr für effektive Abnutzung ist bei dem gewöhnlichen Darlehn nicht durchführbar, da bei der Verpflichtung zur Rückerstattung der gleichen Summe die Möglichkeit einer Wertveränderung zu ungunsten des Creditgebers aus-

[53]) so Planck vgl. dagegen Crome und Dernburg II S. 246.
[54]) Nussbaum: Arch. bürg. R. Bd. 25 S. 67.

geschlossen ist. Man muss hier die Abnutzung fingieren. Eine Gebühr für effektive Abnützung lässt sich indessen bei einer abnormen Erscheinung der Wertkörper denken, z.B. bei Aenderung des Edelmetallwerts oder der Papiergeldwährung.[55])

Ist bei dem Versprechen der Rückgabe von mehr oder weniger derselben Art als das Empfangene der Darlehnscharakter des Geschäftes unzweifelhaft, so ist er umso problematischer bei der Verabredung der Rückleistung von Sachen anderer Art oder Güte als das Empfangene. Es fallen hierunter z.B. folgende Geschäfte:

1) Es werden Wertpapiere mit der Abrede als Darlehn hingegeben, dass sie nicht effektiv, sondern nach ihrem Wert in Geld zurückgeleistet werden,
2) Es werden Gegenstände zu einem Schätzungspreise mit der Vereinbarung übergeben, dass der Preis als Darlehn geschuldet wird.
3) Der Creditgeber gibt dem Creditnehmer statt des Darlehnsgegenstandes eine Sache zum Verkaufe unter der Abrede, dass der Erlös als Darlehn geschuldet werden soll.

Die Darlehnsnatur derartiger Verträge wird schlechthin verneint von Matthiass[56]). Hiernach fälllt eine Vereinbarung, nach der auch Anderes, als verpfangen ist, zurückgegeben werden könne, aus dem Rahmen des Darlehns heraus, wenn nicht Hingabe an Zahlungsstatt gewollt ist. Vorliegen kann statt dessen ein Tausch oder Kauf. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht Dernburg[57]) während Planck eine Mittelmeinung vertritt. Dernburg bezeichnet die Verträge, wonach das Empfangene in vertretbaren Sachen anderer Art zurückzuerstatten ist, z.B. In-

[55]) Cohn: Handb. der Nation. Ök. I S. 591.
[56]) Matthiass Bd. I. S. 515. M. II S. 310.
[57]) Dernburg II, 245 n. 1. Planck § 607 Anm. 4.

haberpapiere in Geld als „selbstverständlich rechtsgültig", die als Darlehn zu behandeln seien. Die Begründung Dernburg's für diese Ansicht ist eine extensive Interpretation des Gesetzes. Er erkennt an, dass das Gesetz dieser Verträge nicht gedenkt, dass eine Lücke im Gesetze existiert. „Damit ist aber nicht gesagt, dass sie kein Darlehn bilden."

Die Mittelmeinung Plank's besteht in folgendem: Entweder liegt überhaupt kein Darlehn vor, oder es handelt sich um einen mit dem Darlehn verbundenen Zusatzvertrag, durch welchen dem Schuldner die facultas alternativa eingeräumt wird, sich durch Leistung der anderen Sachen von seiner Darlehnsschuld befreien zu können. Zu der Frage nach der Rechtsnatur dieser Verträge wird im cap. VII. — contractus mohatrae — Stellung genommen.

Gefahrtragung.

Der Creditgeber hat grundsätzlich für den Darlehnsgegenstand keine besondere Sorgfalt zu prästieren. Der Grund hierfür liegt in dem Uebergang der Gefahr des Verlustes des Dargeliehenen auf den Creditnehmer.

Zufälliges Unvermögen befreit den Darlehnsnehmer von der Rückgabe nicht, da die Haftung eine gattungsmässige, nicht spezielle ist, §§ 279, 275 B.G.B. Ist das genus, in welchem zurückgezahlt werden soll, ganz untergegangen, z.B. die Papiere, in denen das Darlehn gegeben wurde, sind zur Zeit der Rückgabe nicht mehr im Verkehr, so hat statt ihrer die Rückzahlung in Geld zu geschehen. Derselbe Grundsatz gilt, wenn die Rückzahlung in künftig zu emittierenden Papier geschehen sollte, deren Emission jedoch unterblieb.[58]) Andererseits kann die Gefahrtragung durch Parteivereinbarung eine andere Gestaltung erfahren. Es kann der Creditgeber entsprechend dem foenus nau-

[58]) Dernburg: Pr. Pr. II S. 492.

ticum des röm. Rechts die Gefahr übernehmen. Das deutsche Recht kennt einen in seinem wirstchaftlichen Aufbau ähnlichen Vertrag, den eigentlichen Bodmereivertrag, § 679 H.G.B. ff. Hiernach kann sich der Creditgeber nur an die verpfändeten Gegenstände halten, mit Untergang dieser erlischt die Verpflichtung des Creditnehmers, ohne dass der Creditgeber hierfür einen Ersatz beanspruchen darf.

Rückgabeverzug.

Kommt der Creditnehmer mit der Bewirkung der Rückgabe in Verzug, so tritt eine eigentümliche Sonderung der gesetzlichen Zinspflicht je nach dem Gegenstande des Darlehns ein. Der Creditnehmer hat gesetzliche Verzugszinsen nur von Gelddarlehn zu entrichten, § 288 B.G.B., während Zinsen bei Darlehn, die andere Fungibilien zum Gegenstande haben, nicht gezahlt zu werden brauchen. Diese Trennung ergibt sich nicht aus dem Begriffe der Zinsen. Zinsen können begrifflich bei allen auf fungible Sachen gerichteten Obligationen vorkommen. Das preuss. A.L.R. erkennt z.B. die Möglichkeit von Verzugszinsen auch bei anderen als Geldschulden. Im gemeinen Recht hat man daher mit Fug und Recht die Zinspflicht auf Schulden, die andere Fungibilien als Geld zum Gegenstand haben, ausdehnen wollen.[59]) Für das B.G.B. statuiert man indessen eine Zinspflicht nur bei Geldschulden, weil man annahm, dass nur bei Geldschulden dem Gläubiger ein Zinsenverlust regelmässig erwachsen werde; denn nur Geldsummen können jederzeit zum landesüblichen Zinsfuss angelegt werden. Bei anderen Fungibiliendarlehn haftet der Darlehnsnehmer für den durch verspätete Rückgabe entstandenen Schaden nach den allgemeinen Verzugsvorschriften, § 284 ff. B.G.B.

---

[59]) Wächter II 297. A. A. Savigny VI S. 137, 144. Randa: Lehre von den Zinsen S. 12.

Cap. VII.

contractus mohatrae.

Als contractus mohatrae bezeichnet man denjenigen Vertrag, durch welchen der Creditgeber dem Creditnehmer Sachen statt Geldes zum Verkaufe mit der Vereinbarung übergibt, dass der Erlös als Darlehn geschuldet werden soll. Das röm. Recht hatte ursprünglich den contractus mohatrae aus dem Gesichtspunkte heraus verworfen, dass das Darlehn Eigentum des Darleihers an den Darlehnsgegenständen selbst voraussetze: in mutui datione oportet dominum esse dantem. § 4, Gaius III. 90. I. 2 de reb. cr. und African l. 34, pr. D. Mandati. Eum qui cum mutuam peruniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis peouniam creditam recte petiturum; et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepisset argentum. Seit Ulpian erkannte das röm. Recht die Zulässigkeit des contractus mohatrae an. l 4 pr., l 11 pr. D. h. t. l 7 § 3 D. de S. C. Mac., l 19 pr, D. de praescr. verb.

Denkbar sind 3 Phasen, in denen das Darlehnsgeschäft als abgeschlossen gelten soll:

a) Das Darlehn kommt erst mit dem Eingang des Erlöses zustande,

b) Es entsteht mit dem Verkaufe der hingegebenen Darlehnsgegenstände, und

c) es kommt bereits mit der Uebergabe der Gegenstände an den Creditnehmer zum Zwecke des Verkaufes zustande.

Die beiden ersten Arten (a und b) sind indirekte Darlehnsgeschäfte mit einer Zusatzabrede, deren Charakter noch näher zu bestimmen ist. Es sind Darlehen, die durch ein Zwischengeschäft vermittelt werden, das den Zweck der Valutarealisierung verfolgt. Ist dieser Zweck erreicht, dann tritt das Darlehnsgeschäft in Erscheinung. Zweifelhaft ist hingegen die Natur und das Wesen des contractus

mohatrae, wenn man die Entstehungszeit des „Darlehns" in den Augenblick der Uebergabe der Verkaufsgegenstände in den Besitz des Creditnehmers zum Zwecke der Verwertung versetzt. Die beiden ersten Geschäfte sind von dem dritten scharf auseinanderzuhalten. In den beiden ersten Fällen ist Darlehnsgegenstand der Erlös der hingegebenen Sachen, im letzten Falle dient das Gegebene sofort als Repräsentant eines bestimmten Capitals. Welches Geschäft im einzelnen Falle nach der Parteivereinbarung entsteht, ist eine quaestio facti. Es kann nicht Aufgabe und Zweck dieser Abhandlung sein, festzustellen, welche Art von Geschäften am häufigsten im Leben abgeschlossen wird, sondern es ist hier die rechtliche Natur der einzelnen denkbaren Geschäfte zu bestimmen. Im Zweifel nehmen Crome,[60]) Kuhlenbeck, Enneccerus-Lehmann, Oertmann, Staudinger-Kober und v. Schey an, dass das Darlehn nicht bereits mit der Uebergabe, auch nicht mit dem Augenblicke des Verkaufes, sondern erst mit der Realisierung des Verkaufes und dem Empfang des Erlöses zustande komme. Nach einer anderen Ansicht soll für den Zeitpunkt der Darlehnsbegründung mangels besonderer Abrede der Zeitpunkt des Erwerbes der Forderung gegen den Käufer auf den Kaufpreis massgebend sein.[61]) Auf einem wesentlich gleichen Boden stehen Matthiass und Schöninger. Soll das Darlehn erst mit dem Eingang des Erlöses bezw. der Verwertung des Empfangenen durch den Empfänger entstehen, so setzt sich das ganze Rechtsgeschäft aus der kumulativen Häufung mehrerer einzelnen Rechtsgeschäftstatbestände zusammen. Folgende Doppelgeschäfte sind möglich:

a) Doppelkauf. Als solcher wird der contractus im Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis bezeich-

[60]) Crome II S. 600. Kuhlenbeck II S. 214, Oertman Anm. 2 a zu § 607, Enneccerus-Lehmann Bd. I § 274, Staudinger-Kober II S. 364, v. Schey S. 81.

[61]) Planck zu § 607, Schöninger S. 141. Matthiass S I 578. Die Gefahr der Waare kann nach Matthias jedoch bereits mit der Uebergabe auf den Empfänger übergehen.

net, v. Mohatra, „vox portentosa, qua significatur contractus, quo, inquit Escobarius, quis, egens pecunia emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio, et statim ei pecunia numerata, pretio infimo revendit."

b) Ein auftragsähnliches Verhältnis — Verkaufsermächtigung ev. verbunden mit Verkaufsverpflichtung — und Darlehn,[62])

c) Verkauf mit Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld gemäss § 607 Abs. 2.,[63])

d) pactum de mutuo contrahendo,

e) suspensivbedingtes Darlehn verbunden mit unwiderruflicher Ermächtigung zur Verwertung in der verabredeten Weise.[64])

Fasst man das Darlehn als Realvertrag auf, so erscheint die Annahme eines suspensiv bedingten Darlehns als die natürlichste. Die Construktion als pactum de mutuo dando, als Vertrag über die zukünftige Hingabe eines Darlehns ist unangebracht, weil der Creditgeber bereits gegeben hat, und und der Creditnehmer einen Anspruch auf Hingabe nicht mehr hat. Die Verpflichtung des Creditnehmers ist gegenüber dem gesetzlichen Erfordernisse der res nur bedingt gewollt durch die Realisierung des Wertes des Hingegebenen. Dieser Grund spricht auch gegen die Annahme eines Doppelkaufes, Auftrages und Darlehns, sowie gegen die Construktion eines Verkaufes mit Umwandlung. Die Gefahr der Darlehnssache geht hier noch nicht mit der Uebergabe der Sache an den Creditnehmer über, weil es vor dem Eingang des Erlöses an einem „Empfang als Darlehn" fehlt. Hinsichtlich der Gefahrregelung führt die Annahme eines mandatsähnlichen Verhältnisses verbunden mit Darlehn zu dem glei-

[62]) Enneccerus-Lehmann, Oertmannn, Planck, Staudinger-Kober.
[63]) Endemann.
[64]) v. Schey.

chen Ergebnis. Aus den Grundsätzen des Auftrages folgt der Satz casum sentit dominus: d.h. der Creditgeber hat die Gefahr eines möglichen Verlustes bis zum Eingange des Erlöses, nicht aber nur bis zur Uebergabe zu tragen. Bis zur Darlehnsbegründung ist der Creditnehmer, selbst wenn das Eigentum auf ihn übergegangen sein sollte, Speciesschuldner; als solcher haftet er nicht für nachträgliche nicht zu vertretende Unmöglichkeit § 275 B.G.B.[65])

Ganz anders gestaltet sich die Regelung der Haftung, wenn man das gesammte Rechtsverhältnis als Verkauf nebst Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld bezw. als Doppelkauf bezeichnet. In diesen Fällen geht die Gefahr entsprechend den Vorschriften des Kaufvertrages bereits mit der Uebergabe bezw. der Absendung über.

Der contractus mohatrae muss stets als ein Doppelgeschäft bezeichnet werden, wenn man den Darlehnsvertrag konsequent als Realvertrag auffasst, als Realvertrag in dem Sinne, dass der Empfänger nur zur Herausgabe dessen verpflichtet ist, was ihm zu Eigentum darlehnsweise übertragen wurde. Dann ist die Folgerung Oertmanns zutreffend, aus dem Wesen des Realvertrages ergebe sich, dass das Darlehn erst mit dem Empfange des Erlöses durch den Creditnehmer zu stande komme.[66]) Von diesem Gesichtspunkte aus haben frühere Gesetzbücher den contractus mohatrae als Darlehnsrealsvertrag geregelt, so z.B. das Bürgerl. Ges. für das Königr. Sachsen in § 1073: „Uebergibt der Darleiher dem Borger eine Sache, damit er sie verkaufe und den Kaufpreis als Darlehn behalte,

[65]) Endemann, Enneccerus-Lehmann.

[66]) Ebenso Motive II 308; nach ihnen ist das Darlehn zweifellos nicht schon mit der Ueberlassung der Sache zum Verkaufe abgeschlossen. Denn nicht die zum Verkauf übergebene Sache ist Darlehnsgegenstand, sondern es erhält der Darlehnsnehmer die darzuleihende Summe erst in dem Kaufpreis, welcher für die Sache erlöst wird.

so trägt der Borger von der Uebergabe an die Gefahr der Sache, ein Darlehn entsteht aber erst, wenn er den Kaufpreis erhält", und der Entwurf eines B.G.B. für das Königr. Bayern Th. II. Art. 622: Hat der Darleiher dem Anleiher eine Sache zum Verkaufe mit der Ermächtigung übergeben, den Verkaufspreis als Darlehn zu behalten, so gilt das Darlehn erst dann als gegeben, wenn der Anleiher den Kaufpreis erhalten hat, und zwar auf den Betrag des letzteren. Die Annahme eines Doppelgeschäftes erscheint andererseits für das heutige bürg. Gesetzbuch nur dann als zutreffend, wenn man die res als Uebereignung und nicht lediglich als „materielle Ueberführung eines Wertquantums in das Vermögen des Empfängers" definiert. In letzterem Falle kann man die Entstehungszeit des Darlehns auf den Augenblick der Hingabe der Sachen zum Verkaufe verlegen. Dann ist die Darlehnsverpflichtung des Empfängers zwar noch nicht bestimmt, wohl aber bestimmbar und umgrenzbar. Eine Verpflichtung zur Rückgabe eines bestimmbaren Quantums ist möglich und widerspricht dem Darlehnscharakter des Geschäftes nicht, obwohl Hin- und Rückleistung heterogen sind. Denn das Darlehn, dessen res lediglich als Wertüberführung ausgedrückt wird, geht weit über die Schranken des eigentlichen im Bürgerl. Gesetzbuch dargestellten Darlehnsinstitutes hinaus. Das Darlehnsinstitut des Bürgerl. Gesetzbuches erfordert eine Rückgabeverpflichtung deren Objekt mit dem der Hingabe identisch ist, „verpflichtet, das Empfangene in Sachen gleicher Art, Menge und Güte zurückzuerstatten."

Vollständig überflüssig ist die Construktion eines Doppelgeschäftes unter dem Gesichtspunkte des Darlehns als Consensualvertrag. Hier ist die Entstehung der Darlehnsverpflichtung bereits mit der Uebergabe der Sache an

den Creditnehmer denkbar. Die Leistung des Creditnehmers wird als geschätzte Leistung unter Bezugnahme auf die demnächst zu erwartende Kaufpreisforderung bestimmt. § 315 ff. B.G.B. Die Leistung des Darlehnsgebers geht auf Zahlung der ermittelten Geldsumme, bezw. auf Hingabe von Fungibilien in gleichem Werte. Von dieser Verpflichtung befreit er sich durch Hingabe an Erfüllungsstatt. Bis hierhin hat das Geschäft einen Darlehnscharakter. Es kann diesen verlieren durch seinen Gegenstand. Gegenstand des contractus mohatrae können nicht nur vertretbare, sondern auch unvertretbare Sachen sein, im Gegensatz zu dem Darlehn des § 607 Abs. 1. B.G.B. Man kann demnach den contr. moh. als contractus sui generis mit darlehnsähnlichem Aufbau bezeichnen. Den Gesichtspunkt der datio in solutum verwenden vom Standpunkte des Realvertrages aus Matthiass und Schöninger.[67]) Nach Matthias kann für den Fall, dass Waren unter einer Schätzung mit der Bestimmung übergeben werden, dass der geschätzte Wert die Darlehnsvaluta ausmachen soll, der nähere Sinn der Abmachung sein: a) Die Ware soll um Schätzungwert an den Empfänger verkauft sein und er soll den so festgesetzten Erlös als Darlehn behalten, b) der Darleiher befreit sich durch Hingabe an Zahlungsstatt von seiner Verpflichtung, die Geldsumme zu zahlen. Schöninger sieht ebenso in dem contr. moh. die Hingabe einer Sache erfüllungshalber, und zwar einer nicht fungibilen Sache, die der Empfänger selbst in Geld umsetzen soll. So fruchtbar der Gedanke der datio in solutum bei dem Darlehnskonsensualvertrag ist, so unverwertbar ist er meines Dafürhaltens bei dem Darlehnsrealvertrag. Denn beim Realvertrag besteht eine Verpflichtung zur Hingabe nicht. Damit entfällt der Boden für die Annahme einer datio

[67]) Matthiass I S. 578. Schöninger S. 141 a. a. O.

in solutum oder eines entsprechenden Vorganges. Die Erfüllung hat eine zeitlich vorausgehende Pflicht zur Voraussetzung. Eine solche kann man aber beim Realvertrag auch nicht konstruktiv aufstellen.[68])

Ob man beim contractus mohatrae ein Doppelgeschäft oder einen contractus sui generis mit den dargestellten Wirkungen hinsichtlich des Gefahrüberganges im Einzelfalle annehmen soll, ist aus dem Interesse der Parteien zu entnehmen. Massgebend für die Beurteilung des konkreten Falles scheint mir noch heute die l. 11. pr. D. de reb. cred. 12,1 zu sein: Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego, cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse.

Die Gefahr der Sache geht bereits mit der Hingabe der Sachen über, wenn der Creditgeber dem Darlehnssucher lediglich einen Gefallen erweist, sie geht erst mit dem Eingange des Erlöses über, wenn die Hingabe aus geschäftlichen Gründen bezw. zu Erwerbszwecken geschah.

Cap. VIII.

Synallagmatische Natur des Darlehns?

Die Theorie versteht unter Synallagma ein gewisses Ab-

[68]) Eccius : Pr. Pr. II S. 237. Zitelmann: Int. Pr. II S. 404 n 113

hängigkeitsverhältnis der gegenseitigen Leistungspflichten beim obligatorischen Vertrage. Das bürgerl. Gesetzbuch hat dieses Verhältnis der Rückbeziehung in zweifacher Weise durch Anordnung des genetischen und des funktionellen Synallagmas durchgeführt. Ein genetisches Synallagma liegt vor, wenn die Wirkungen des Vertrages hinsichtlich ihrer Entstehung nach so untrennbar miteinander verbunden werden, dass der Vertrag nur für beide Parteien oder keine wirksam werden kann. Keine Verpflichtung hat selbständiges Leben und jede existiert nur in und mit der anderen. Das Vertragsverhältnis gleicht einem Kartenhause, in welchem jede der beiden Karten nur dadurch feststeht, dass sie sich an die andere anlehnt. Das bürgerl. Gesetzbuch enthält zwar keinen positiven Rechtssatz dieses Inhaltes. Seine Herrschaft äussert er indessen in dem unbestrittenen Satze: Eine Verpflichtung zur Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage kommt nicht zur Entstehung, wenn die Gegenleistung im Augenblicke des Vertragsabschlusses objektiv unmöglich ist. Hingegen hat die zweite Form der Synallagmas, das funktionelle Synallagma in den Bestimmungen des bürgerl. Gesetzbuches einen formellen Ausdruck gefunden. Es äussert seine Wirksamkeit darin, dass die Verpflichtungen beider Teile zwar zur gültigen Entstehung kommen, nach der Entstehung aber jede Inhalts- und Schicksalsänderung der einen Leistung die andere Leistungspflicht entsprechend beeinflusst. Jede Veränderung der Leistungspflicht des einen Contrahenten z.B. infolge Unmöglichkeit, Verzug gibt dem anderen Contrahenten Schutzrechte irgendwelcher Art gegen die Forderung des Gegners z.B. die exceptio[69]) non adimpleti contractus etc. Das B.G.B. hat diesen Grundsatz in den §§ 320-326 B.G.B. ausausgesprochen und in Einzelbestimmungen näher formu-

[69]) Zitelmann: Int. Pr. II S. 403. 1903.

liert. Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmungen über das Synallagma ist das Vorliegen eines gegenseitigen obligatorischen Vertrages. Daher ist zu untersuchen a) Was ist ein gegenseitiger Vertrag und b) Ist das Darlehn gegenseitiger Vertrag?

Das Anwendungsgebiet des Synallagmas beschränkt sich auf die obligatorischen Verträge, und schliesst die dinglichen Verträge aus. Denn die Bestimmungen des Bürgerl Gesetzbuches über die gegenseitigen Verträge stehen im allgemeinen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse. Es muss sich fernerhin um einen gegenseitigen Vertrag handeln. Der gegenseitige obligatorische Vertrag steht zunächst in einem Gegensatz zum obligatorischen Vertrag mit einseitiger Verpflichtung, z.B. dem Schenkungsvertrag. Gegenseitig ist auch nicht der „synallagmatische" Vertrag im Sinne Brinz,[70]) — d.h. der Vertrag bei dem eine Gegenseitigkeit der Obligierung, eine Verkettung von Willenserklärungen in der Weise besteht, dass man durch den Vertrag beiderseits Schuldner wird. Denn nicht jeder Vertrag ist schon dashalb, weil er auf beiden Seiten Forderungen erzeugen kann, ein gegenseitiger. Gegenseitig sind vielmehr diejenigen Verträge, bei denen jeder Contrahent dem anderen eine Leistung verspricht oder macht in der Art, dass jede Leistung das Ziel und der Zweck der von der anderen Partei versprochenen Gegenleistung bildet und als Aequivalent fungiert.[71]) Daher

[70]) Brinz P II S. 56, 143—144, Bähr Anerkennung: 3 Aufl. 1894 S. 12, 13, 27.

[71]) Cosack § 86 I 2 a Windscheid P. II § 320, Sintenis C. R. II § 116. Lammfromm, Staub. Nach Endemann I § 124 beruhen die gegenseitigen Schuldnerverträge auf dem Austausch wechselseitiger Leistungsversprechen, sodass jeder Beteiligte zugleich Gläubiger und Schuldner sein muss, und jede Leistung das Aquivalent der Gegenleistung bildet. Crome I S. 331: Bei allen gegenseitigen Verträgen ist Rechtsgrund einer jeden der beiden gegenüberstehenden Verpflichtungen die Existenz des Gegenversprechens, sodass der ganze Organismus mit der Existenz jeder einzelnen der beiden in dieser Weise zusammengefügten Verpflichtungen steht und fällt.

ist es möglich, dass es in einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtungen gibt, welche keine Aequivalentsleistungen sind, vielmehr können ausser den Leistungen, welche wirtschaftlich und begrifflich Gegenleistungen sind, noch Nebenleistungen vereinbart sein, welche die Rechtswirkungen des Synallagmas nicht begründen. Die Möglichkeit einer Gegenseitigkeit des Vertrages in dem Sinne von Verpflichtung zur Leistung und Aequivalentsleistung wird von Karlowa und Lammfromm verneint.[72]) Nach Karlowa stehen sich z.B. beim Tausch als gegenseitigem Vertrage 2 selbständige Leistungen zwar als Gegenleistungen gegenüber, aber keine soll ihrer Natur nach als Wertausdruck und Aequivalent der andern bezeichnet werden können. Dieser negativen Formulierung gegenüber präzisiert dann Lammfromm das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung positiv so: Jeder der Contrahenten verfolgt mit seiner Leistung ausschliesslich den Zweck, die seiner Vorstellung nach wertvollere Leistung des Gegners, also bei Vorstellung rein objektiver Wertsverschiedenheit auf Kosten des Gegners zu erlangen. Dieses Bestimmenlassen eines jeden der Contrahenten zum Vertrage durch die Vorstellung einer jedem von ihnen vorteilhaften Wertsverschiedenheit der beiderseitigen Leistungen ist essentielles Element des eigentlich synallagmatischen[73]) Vertrages. Hier besteht scheinbar zwischen den Ansichten Cosack's und Crome's und andererseits derjenigen Karlowa's und Lammfromm's ein unüberbrückbarer Gegensatz. Dieser Gegensatz löst sich in ein Nichts auf, wenn man das „Wollen der anderen Leistung als Aequi-

[72]) Karlowa S. 239 a. a. O. Lammfromm S. 58 a. a. O.

[73]) In der Litteratur gebraucht man den Ausdruck Synallagma in einem durchaus heterogenen Sinn: Einmal spricht man von einem synallagmatischen Vertrage und ein anders mal von einem synallagmatischen Wirken. Im ersten Falle versteht man darunter einen Tatbestand, im zweiten Falle eine Rechtswirkung. Beide sind scharf auseinander zu halten.

valentsleistung" und das „sich Bestimmenlassen zur Gegenleistung durch die Vorstellung einer objektiven Wertsverschiedenheit" auf ihre Eigenschaft und ihre Funktion als Elemente des Rechtsgeschäfts prüft. Die Rolle, welche die Vorstellung der einem jeden Contrahenten vorteilhaften Wertsverschiedenheit spielt, ist nicht die der in der Vertragsabrede hervortretenden causa, vielmehr die des faktischen Motives. Weil jeder der Contrahenten glaubt, die Leistung des Gegencontrahenten sei für ihn wertvoller als die seinige, gibt er seine Leistung als Leistung gegen die Leistung des Anderen, als Aequivalentsleistung. Allerdings ist auch hier noch die Bemerkung Karlowas zutreffend, dass man Leistung und Gegenleistung nicht als Aequivalentsleistung bezeichnen darf, wenn man darunter absolute Aequivalenz versteht. Eine objektive und gerechte Aequivalenz von Wert und Preis ist nämlich fast unmöglich, da in der historischen Gesellschaft kein allgemeines Organ die Verteilung der äquivalenten Wertquanta in verschiedenartigen Wertformen anordnet.[74]) Man kann indessen insoweit mit dem Begriffe der Wertäquivalente operieren, dass im Verkehr immer bestimmte Quantitäten verschiedenartiger Güter gegeneinander umgesetzt werden und ein gleiches Mass fungiblen Wertes zur Darstellung bringen. Die Gegenleistung trägt sonach den Charakter des Aequivalentes insoweit an sich, als sie von den Parteien ernstlich als Gegenleistung betrachtet wird. Daher bildet jede Verpflichtung oder Realleistung der einen Partei die causa für die andere.

---

[74]) Zur Herstellung einer technischen Äquivalenz sind gewisse historische und technische Bedingungen erforderlich. Simmel a. a. O. S. 50, Knies Geld I S. 129. Ein wirkliches Äquivalent der Werte würde zudem keinen Anreiz für eine Wertübertragung auslösen. In dem vom Recht zugelassenen Suchen des Vorteiles, und in dem Bewusstsein des gleichen Verhaltens des Gegenkontrahenten liegt die psychologische Grundlage der gegenseitigen Obligationen.

Das Darlehn als gegenseitiger Vertrag.

Die Ansicht über eine zweiseitige Natur des Darlehns hat schon in der älteren Litteratur Anhänger gefunden. Muelleri addit ad. Struv. synt. iur. civ. Exerc. XVI. th. 5 nota β . . . n. I.: Communis sententia D.D. est, mutuum esse contractum unilateralem. Verum Riemer diss. de mutuo th. 2 probat: mutuum esse contractum ex utraque parte obligatorium sive δίπλευρον, cum in hoc negotium causa et συνάλλαγμα ex utraque parte interveniat. Nicht nur als zweiseitigen, sondern als gegenseitigen Vertrag bezeichnet das Darlehn v. Wening-Ingenheim. Dieser führt in seinem Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, II 1837 im 5.Capitel das mutuum unter den wesentlich gegenseitigen Verträgen auf.

Nach dem oben Erörterten muss die Frage nach der Gegenseitigkeitsnatur des Darlehns genauer dahin gestellten werden: Welche Verbindlichkeiten bezw. Leistungen stehen beim Darlehn in dem Verhältnis der Aequivalenz? Denkbar ist ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen:

a) Ueberlassung des Capitals und Rückgabe,

b) Ueberlassung des Capitals und Zinszahlung.

Diese Fragestellung ist notwendig, da das Darlehn noch nicht aus dem Grunde ein gegenseitiger Vertrag ist, weil Abweichungen von der Normalerscheinung des Darlehns als einseitig verpflichtendem Vertrage durch besondere, tatsächlich seltene Umstände, die eine Verpflichtung des Darleihers begründen, den Anschein des gegenseitigen Vertrages erwecken können.

Gegenseitigkeitsverhältnis von Hingabe und Rückleistung.

Ein „synallagmatisches" Verhältnis der Hingabe seitens des Creditgebers und der Rückgabe seitens des Creditnehmers nehmen Bähr, Bekker, Kohler und Schlossmann

an. Nach Bähr entnimmt die Eigentumsübertragung aus der obligatio ihre causa. Das Versprechen lehnt sich an die Eigentumsübertragung synallagmatisch an. Daher stellt das Darlehn den reinen Austausch einer Zahlung und eines durch diese unmittelbar begründeten Forderungsrechtes dar. In gleichem Sinne bezeichnet Bekker[75]) das Darlehn als ein obligatorisches Tauschgeschäft, als Eigentumsübergang von Fungibilien gegen Constituierung einer Forderung. Fasst man das Synallagma in dem weiteren Sinne von Brinz lediglich als organische Verkettung von Willenserklärungen auf, so liegt ein synallagmatischer Vertrag vor, mag man das Darlehn mit Bekker und Bähr als Realkontrakt oder mit Kohler und Schlossmann als Consensualkontrakt auffassen. In beiden Fällen rubriziert es in der Kategorie der Tausch- oder Umsatzverträge im weiteren Sinne im Gegensatz zu den gegenseitigen Obligationen oder Umsatzverträgen im engeren Sinne. Der Umsatzvertrag ist Austausch von Gütern, von Arbeit, Gebrauch oder Nutzung oder von Versprechungen, die auf den Austausch von Gütern gerichtet sind, oder Austausch von Gütern gegen das Versprechen von Gütern. Das Darlehn ist indessen nicht synallagmatischer Vertrag in dem gekennzeichneten Sinne, dass Leistungs- und Gegenleistungsversprechen sich als Aequivalente gegenüber stehen. Ausgeschlossen ist die Gegenseitigkeit bei der Annahme des Darlehns als Realvertrag schon kraft der besonderen Eigentümlichkeit des Realvertrages. Der Geber bewirkt seine Leistung sofort und es entsteht nur eine streng einseitige Verpflichtung des Nehmers, während der Geber nicht verpflichtet wird.

Fasst man das Darlehn als Consensualvertrag auf, so fehlt die Gegenseitigkeitsbeziehung zwischen Hin- und Rückgabeversprechen. Beide Leistungsversprechen sind

[75]) Bekker II S. 156.

nicht als Aequivalentsleistung gewollt. Der Zweck des Versprechens des Creditgebers ist nicht der, das Gegenversprechen des Creditnehmers zu erlangen, ebensowenig wie beim Realdarlehn die Hingabe zu dem Zwecke erfolgt, um das Rückzahlungsversprechen des Creditnehmers zu begründen. Auf einem hiervon abweichenden Standpunkte steht Lenel,[76]) demzufolge die Leistung des Darlehnsgebers lediglich erfolgt, um die Begründung des Versprechens des Darlehnsnehmers zu erlangen. Lenel rechnet den Darlehnszweck zu den wirtschaftlichen Zwecken, die alle das miteinander gemeinsam haben, dass das Aequivalent, um deswillen die Leistung erfolgt, im wirtschaftlichen Verkehr als Austauschobjekt anerkannt wird. Das Verhältnis der Leistung zu ihrem Austauschobjekt kann ein zweifaches sein: entweder geschieht die Leistung nur zu dem Zwecke, um das Aequivalent zu erlangen, oder der Zweck der Leistung ist zwar ein anderer, aber doch ein solcher, dass sie in engsten Beziehungen zur Gegenleistung steht und ihr den Charakter der Leistung um Gegenleistung aufprägt. Nach Lenel erfolgt nun die Darlehnsleistung lediglich zu dem Zwecke, um das Aequivalent zu erlangen. Das Tauschobjekt ist die Begründung der Darlehnsforderung. Die Unrichtigkeit dieser Causadefinition des Darlehns ist bereits oben begründet. Der Darlehnszweck ist nicht auf Umsatz im engen Sinne gerichtet. Der Creditgeber gibt nicht, um das Rückgabeversprechen zu erhalten. Denn wäre Rückgabe der Zweck des Darlehns, so könnte der Creditgeber diesen Zweck am praktischsten dadurch erreichen, dass er das Darlehn nicht hingibt.[77]) Beim unverzinslichen Darlehn ist zudem als Motiv die Vorstelllung einer Wertverschiedenheit der beiderseitigen Leistungen nicht möglich, vielmehr besteht hier stets bei beiden

[76]) Lenel: Arch. ziv Pr. Bd. 74 S. 232.

[77]) R. G. E. XII S. 98: Rückzahlung und Auszahlung des Darlehns verhalten sich nicht wie Leistung und Gegenleistung.

Contrahenten die Vorstellung einer zu Gunsten des Darlehnsempfängers vorhandenen Wertsverschiedenheit von Leistung und Gegenversprechen, die mit dem Umsatzgeschäft im e. S. nicht in Einklang zu bringen ist. Die Frage nach dem Gegenseitigkeitsverhältnis von Hingabe- und Rückgabe ist für das B.G.B. von untergeordneter Bedeutung. Die Vorschriften des B.G.B. über das funktionelle Synallagma sind nach der Natur der Sache auf beide Pflichten unanwendbar, soweit eine Reflexwirkung der Rückgabepflicht auf die Hingabepflicht in Frage steht. Praktisch äussert sich das Synallagma im B.G.B. hauptsächlich darin, dass der Verzug bezw. die Nichterfüllung einer Leistung, die zu einer anderen im Verhältnis der Gegenleistung steht, dem vertragstreuen Teil das Recht auf Schadenersatz oder Rücktritt vom Vertrage gibt. Der vertragstreue Teil kann Schadensersatz verlangen, ohne seinerseits liefern zu müssen. § 320-326 B.G.B. Eine derartige Reflexwirkung der Rückleistungspflicht auf die Hingabepflicht des Creditnehmers ist aus begrifflichen Gründen undenkbar. Die Rückleistungspflicht des Creditnehmers wird erst existent, wenn der Creditgeber den Darlehnsgegenstand übergeben hat oder von seiner Leistungspflicht infolge des Gefahrüberganges befreit ist. Sobald die Rückgabepflicht fällig wird, und der Creditnehmer mit ihrer Erfüllung in Verzug gerät, ist zeitlich eine Hingabepflicht des Creditgebers und sonach auch eine Reflexwirkung auf diese Pflicht nicht mehr denkbar.[78])

Das Gegenseitigkeitsverhältnis von Hingabe und Zinszahlung.

Eine grosse praktische Bedeutung hat indessen die Fra-

[78]) vgl. aber Kuhlenbeck, der das pactum de mutuo dando vom Darlehn als Consensualvertrag unterscheidet, S. 218 a. a. O. Der Vertrag auf Hingabe bezw. Annahme eines Darlehns schafft ein gegenseitiges Verpflichtungsverhältnis, das den allgemeinen Vorschriften für gegenseitige Verträge unterliegt. §§ 320—327. B. G. B.

ge nach der synallagmatischen Natur des verzinslichen Darlehns. Es erhebt sich die Frage: Ist § 326 B.G.B. auf das verzinsliche Darlehn anwendbar und kann der Capitalgeber bei Verzug mit der Zinszahlung das ganze Capital kündigen? Diese Frage ist mit der Verneinung der synallagmatischen Natur des unverzinslichen Darlehns nicht gelöst. Entscheidend ist, ob das Zinsversprechen zu der Leistungspflicht des Creditgebers in dem Verhältnis gegenseitiger Zweckbeziehung und Aequivalentswertung steht. Dies ist zu bejahen. Wirtschaftlich ist die Zinszahlung Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung und Nutzung des Capitals. Sie ist ein Entgelt für die Einräumung des Darlehns.[79]) Auch rechtlich sind die Zinsen ein Aequivalent für die Gewährung der Nutzung, und ihre Zahlung wird versprochen, um das Capital zu erhalten. Andererseits leiht der Geschäftsmann Capital aus, um Zinsen dafür einzunehmen. Damit ist der Charakter des Darlehnszinses ebenso wie bei der Miete des Mietzinses als Aequivalent erwiesen.[80]) Das verzinsliche Darlehn enthält auch das von Eisele aufgestellte Erfordernis des Synallagmas, dass jede Verpflichtung zuerst erfüllt werden können muss; der Zins kann gezahlt werden, ehe der Capitalgeber das Darlehn hergibt.

Eine Einschränkung muss hier gemacht werden: Die Auffassung des Darlehns als synallagmatischer Vertrag ist nur bei der Construktion des Vertrages als Consensualvertrag, nicht aber als Realvertrag möglich. Zwar bezeichnen z.B. Cosack und Kuhlenbeck[81]) das verzinsliche Realdarlehn als gegenseitigen Vertrag, indessen ist diese

[79]) Dankwardt: 2 Heft a. a. O. S. 37. Knies: Credit II S. 34 Cohn: Syst. der Nationalökonomie 1895 I S. 568. Man fasst die Zinsen wirtschaftlich auch auf als Entgeld für a) die Mühe, die mit dem Ausleihen verknüpft ist, b) die Abnutzung des Capitals, c) als Risikoprämie.

[80]) Wächter II S. 437.

[81]) Cosack § 142 IV Ziff. 2. Kuhlenbeck.

Annahme mit dem Wesen des Realvertrages als streng einseitigem Vertrage nicht in Einklang zu bringen. Die Gegenseitigkeit setzt eine Pflicht des Darleihers, die Darlehnssachen zu gewähren voraus; diese Pflicht existiert wohl beim Darlehnskonsensualvertrag, nicht aber beim Realvertrag. Mit der Anerkennung des verzinslichen Darlehns als gegenseitigem Vertrag sind auf es die für gegenseitige Verträge geltenden Grundsätze anzuwenden.[82]) Die rechtliche Behandlung der Zinsenverpflichtung ergibt sich aus der analogen Anwendung der Bestimmung über die Mietzahlung. Denn beide Geschäfte sind species des genus Vermögensleihe.[83]) Wenn das Uebereinstimmende in den Leistungen des Vermögens verleihers bei beiden Geschäften infolge des formaljuristischen Aufbaues des Darlehns als Eigentumsübergang nicht so stark äusserlich in Erscheinung tritt, so ist die Gleichartigkeit der Leistungen der des Vermögensentleihers unverkennbar. Daher haben für beide Geschäfte im grossen und ganzen gleiche Rechtsnormen zu gelten. Die Hauptfrage ist: Gewährt die nicht pünktliche, bezw. die Nichtzahlung der Zinsen einen Kündigungsgrund, der den Creditgeber berechtigt, das Capital zurückzufordern? Das wird von Anhängern der Realvertragstheorie strikte verneint.[84]) Hiernach soll der Capitalist nicht berechtigt sein, nach § 326 B.G.B. vom Darlehnsvertrage zurückzutreten, vielmehr muss er sich anderweitig helfen, z.B. wegen des Capitals und der vertragsmässigen Zinsen Arrest bewirken und seinen Schaden liquidieren. Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht der Anhänger des Consensualdarlehns Affolter, der die Anwen-

---

[82]) Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897, S. 166.

[83]) Dankwardt a. a. O. S. 37 sagt ungenau: Beide Geschäfte fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff Miete. Miete ist aber selbst species, nicht genus. Genus ist die Vermögensleihe.

[84]) Crome II S. 596. Liebe I 447, Oertmann, Scherer „in das 6 Jahr des bürgerl. Gesetzbuches" 1906 S. 181.

dung des § 326 B.G.B. bei Zinszahlungsverzug für zulässig erachtet. Die Ablehnung des § 326 ist unter dem Gesichtspunkte des Realvertrages durchaus gerechtfertigt. Wenn auch das verzinsliche Realdarlehn vom Standpunkte der Wirtschaftslehre gegenseitiger Vertrag ist, so ist es ebenso unzweifelhaft als Rechtsgebilde nur einseitig verpflichtender, nicht gegenseitiger Vertrag. Dieser Einwand ist unter dem Gesichtspunkte des Consensualvertrages nicht durchschlagend. Trotzdem ist die Anwendung des § 326 B.G.B. abzulehnen. Ausgeschlossen ist die Rückforderung des Darlehns überhaupt, solange die Zinszahlung in der bedungenen Weise stattfindet. Dies ist ein alter Grundsatz, der sich schon bei Salmas findet: Salmas de foen. trapez. lib. II. p. 477 f. In mutuo foenebri jus mosque fuit, non posse debitorem compelli ad solvendam sortem, quamdiu usuram praestabit. Erfolgt die Zinszahlung nicht in der bedungenen Weise, so ist nichtsdestoweniger §326 nicht anwendbar. Denn nicht die einzelne Zinsrate, sondern erst die Zinsen in ihrer Totalität bilden die Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung seitens des Creditgebers. Kommt der Creditnehmer mit einer Zinsrate in Verzug, so kommt er nicht mit der ihm obliegenden Totalleistung, sondern nur mit einer ihm obligenden Teilleistung in Verzug, sodass § 326 Abs. 1 S. 1 jedenfalls nicht direkt, sondern nur analog zur Anwendung gelangen, und ein teilweiser Rücktritt erzwungen werden könnte.[85]) U. E. ist wohl der § 554 B.G.B. analog anwendbar, d.h. der Creditgeber kann entsprechend dem Vermieter das Darlehnsverhältnis ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn der Creditnehmer mit 2 aufeinander folgenden Terminen mit der Entrichtung des Darlehnszinses oder eines Teiles des Darlehnszinses im Rückstande

[85]) Denkbar wäre auch die Anwendung des § 326 Abs. 1 S. 3, nicht aber die direkte Anwendung des S. 1 § 326 Abs. 1, wie sie Affolter vorschlägt.

ist. Gegen die Anwendung des § 554 B.G.B. auf das Darlehn wendet man ein,[86]) es fehle beim Darlehn an einer dem § 554 B.G.B. entsprechenden Bestimmung. Dieser Einwand ist nicht durchschlagend; denn Lücken im Recht gestatten die analoge Anwendung passender Rechtsvorschriften, und die Rechtsfindung durch Construktion und Interessenabwägung ist nicht lediglich aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eine positive Bestimmung fehlt. Sie ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Absicht des Gesetzgebers gerade dahin ging, einen gewissen Tatbestand durch positive Bestimmungen nicht zu regeln, weil er die Anwendung eines bestimmten Rechtsgrundsatzes ausschliessen wollte .Für die Anwendung des § 554 im Gegensatze zu § 326 B.G.B. spricht das Verhältnis der beiden Bestimmungen zu einander. § 554 derogiert als lex specialis die lex generalis § 326 B.G.B.

Cap. IX.
Zu § 607 Abs. 2.

Natur und Rechtscharakter des § 607 Abs. 2. sind zur Zeit noch ungelöste Probleme. § 607 Abs. 2 lautet: Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen. Die Fragestellung ist nicht auf die einfache Formel zu bringen: Enthält die Schuldumwandlung den Tatbestand des Darlehns oder eines anderen Rechtsgeschäftes? Diese Formulierung berücksichtigt nur einen Teil des Problems. Der zweite Teil der Frage lautet: Ist Schuldumwandlung Aufhebung der Obligation durch Neubegründung — novatio — oder Abänderung der Obligation — accessorisches Schuldversprechen § 364 Abs. 2, § 305 B.G.B. Ausgangspunkt für die Entscheidung der Frage nach der Funktion und Zweckbestimmung des Um-

[86]) Liebe I S. 447.

wandlungsvertrages ist die Absicht der Contrahenten.[87]) Man hat hiergegen eingewandt,[88]) die Beurteilung der Funktion der Umwandlung aus dem Willen der Parteien könne niemals eine Leistung des Problems bedeuten. Denn wenn der Grad der Deutlichkeit, mit dem die Parteien die rechtliche Seite des in der Vereinbarung beabsichtigten Erfolges erkennen, irgendwo möglichst gering sei, so sei dies bei den hier in Frage kommenden Vereinbarungen der Fall. Verweise die Theorie an die Parteiberedung, den Parteiwilllen, so böte sie der um Brot bittenden Praxis Stein für Brot. Dieser Einwand ist nicht zutreffend. Denn bei der rechtlichen Beurteilung eines jeden Rechtsgeschäftstatbestandes ist die erste Frage immer die nach dem Willen der Beteiligten. Die Einreihung eines bestiimmten Rechtsgeschäftes hängt stets von der konkreten, nicht der abstrakt möglichen Causalberedung ab.

Rein theoretisch betrachtet kann die Absicht der Parteien beim Abschlusse des Umwandlungsvertrages dahin gehen: a) neben der neuen Obligation die alte bestehen zu lassen, diese nur zu modifizieren, so dass der Gläubiger sich beider bedienen kann, sich aber im Erfolg an der einen genügen lassen muss. Das ist der Fall des accessorischen Schuldversprechens; b) die alte Obligation mit der neuen zu bezahlen. In diesem Falle liegt Novation vor. In beiden Fällen löst sich der Gesammtvorgang in einen liberatorischen und obligatorischen Vertrag auf. Die Veränderung kann je nach ihrem Verhalten zur ursprünglichen Obligation eine verschiedene sein. Sie kann ein bestehendes Element des Inhaltes ersetzen, ein neues hinzufügen oder ein vorhandenes dem Inhalte entziehen. Durch die ersteren wird ein Element des Inhaltes und damit der Inhalt selbst umgewandelt, durch die letztere der Umfang

[87]) Zust. Enneccerus S. 629, Hruza S. 43, Martin S. 32, Oertmann a. a. O,

[88]) Klein in Öst. G. Z. Bd. 23, S. 811.

des Obligationsinhaltes geändert. Man kann diese Fälle bezeichnen als „Ausscheidung eines Elementes des Inhaltes unter gleichzeitiger Ersetzung durch ein anderes, als Ausscheidung ohne Ersetzung und als Zusatz ohne Ausscheidung."[89]) In der Schuldumwandlung sehen manche Autoren lediglich eine Inhaltsänderung der alten Schuld. Nach Enneccerus[90]) darf man an der Vereinbarung nicht die Aufhebung der alten Schuld — durch Zahlung — und die Begründung einer neuen durch Darlehn sehen, sondern lediglich eine Veränderung der alten Schuld.

Hingegen ist es nach einer anderen, uns als richtig erscheinenden Meinung, die von Oertmann, Staudinger, Dernburg u.a. vertreten wird, eine quaestio facti, ob an Stelle der alten die neue Schuld, also novation eintreten soll, oder die Umwandlung den Sinn haben soll, dass das begründete Schuldverhältnis nach nie vor bestehen bleiben, und die Schuld nur nach Darlehnsgrundsätzen behandelt werden soll.

Wenn man hier von „Umwandlung" spricht, so muss von vornherein darauf hingewiesen werden, dass es ein logisches Unding ist, von der Umwandlung eines Vertrages in einen anderen zu reden, wenn man unter Vertrag die zeitlich nicht mehr existierende Tatsache der Einigung versteht.[91]). Daher hat Bähr[92]) recht, wenn er sagt: „In ein wirkliches Darlehn kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden, als in irgend eine andere Schuld." Der Vertrag, aus dem die beiderseitigen Rechte und Pflichten entstehen, ist ein an die Zeit Gebundenes, das mit Ablauf der Zeit nicht mehr abänderbar ist. Facta infecta fieri nequeunt. Abänderbar sind nur die aus dem Vertrage erwachsenen Rechte und Pflichten. Mit der Auf-

[89]) Hruza S. 43, 153 a. a. O.
[90]) Enneccerus I S. 595, ebenso Klein, Martin.
[91]) Hruza: S. 43. Salpius S. 332. a. a. O.
[92]) Bähr: Anerkennung 2. Aufl.: S. 279.

fassung der Umwandlung als Novationsvertrag wird der Streit um Wesen und Tatbestand der Novation aus dem Gebiete des gemeinen Rechtes in das bürgerl. Recht hinübergenommen. Ein Institut der Novation im Umfange des gemeinen Rechtes gibt es im bürgerlichen Recht nicht mehr. In jenem übte es eine dreifache Funktion aus:

a) Aufhebung der alten und Begründung einer neuen Obligation durch die Uebertragung der Forderung. Diese Funktion hat im B.G.B. das Institut der Forderungsübertragung übernommen. §§ 398 ff.

b) Die Schuldübernahme, jetzt durch § 415 ff. B.G.B. geregelt und

c) etwas der datio in solutum Entsprechendes.

Insoweit die Novation des gemeinen Rechtes sonach 3 verschiedene Tatbestände mit verschiedenen Rechtswirkungen durch einen einheitlichen Namen bezeichnete, spricht Köhler mit Recht von ihr als einem „juristischen Wechselbalg." Soweit man die Umwandlung als Novation auffasst, erhebt sich insbesondere die Frage — Oertmann, — ob der Umwandlungsvertrag lediglich novatorisch wirkt, d.h. das alte kausale Schuldverhältnis in ein neues Abstraktes umgewandelt, oder ob der alte Schuldgrund positiv in den neuen Schuldgrund des Darlehns umgewandelt, eine kausale Darlehnsobligation begründet wird? Mit dieser Fragestellung verpflanzt Oertmann die im gemeinen Rechte ungelöste Streitfrage nach der inneren Natur der Novation in das B.G.B., den Gegensatz zwischen der Substitutionstheorie,[93]) wonach Novation Tilgung einer bestehenden Schuld durch Constituirung eines einseitigen Forderungsrechtes ist, und der Translationstheorie,[94]) wonach Novation „Aufhebung einer bestehenden Obligation durch Errichtung einer neuen ist, welche den materiel-

[93]) Witte VIII S. 334.
[94]) Salkowski.

len Inhalt der ersteren in sich aufnimmt. Die Fragestellung Oertmanns ist dementsprechend dahin zu erweitern: Wird das alte kausale Schuldverhältnis in ein neues abstraktes umgewandelt, oder wird der alte Schuldgrund positiv in den neuen Schuldgrund des Darlehns oder eines anderen materiellen Vertrages umgewandelt? Die Entscheidung für oder gegen eine der beiden Novationstheorien hängt von der Normierung der zum Novationstatbestand erforderlichen Umwandelungsabsicht — animus novandi — ab. Die Substitutionstheorie verlangt zur Novation den animus novandi: die Umwandlung tritt kraft des Willens der Parteien — ex voluntate partium — ein. Hingegen ist bei der Translationstheorie die Aufhebung der alten Obligation lediglich Wirkung der Translation, d.h. eine Wirkung der in der Novationsformel zum Ausdruck gelangten formellen Identität des neuen mit einem bestehenden debitum. Hier ist eine auf Umwandlung gerichtete Absicht als konstitutives Element der Novation nicht erforderlich. Vielmehr ist die Aufhebung eine gesetzliche Wirkung und immanent der von Translationswegen erfolgen Obligierung.[95]) Bei der Annahme des Translationsprincipes kann die Novation nur mittels einseitig verbindlicher, sogenannter abstrakter Verträge bewerkstelligt werden. Novation mittels echten Realkontrakts, z.B. des Darlehns, ist hier ausgeschlossen. Als abstrakten Vertrag[96]) bezeichnet z.B. Rümelin das Umwandlungsgeschäft, der dadurch unausgesprochen für das

[95]) Für das bürgerliche Recht ist die Entscheidung für oder gegen die Substitutionstheorie massgebend für folgendes Problem: Ist die Novation ein selbständiges Institut des B. G. B., oder nur ein Anwendungsfall der Schuldübernahme erfüllungshalber? § 364 Abs. 1. B. G. B.

[96]) Auch Klein bezeichnet den „Abänderungsvertrag" des § 607 Abs. 2 als abstrakten Vertrag S. 899 a. a. O., aber der Abänderungsvertrag wirkt nach Klein nicht novatorisch, sondern als Modifikationsvertrag im Sinne des § 305 und bedarf in der Regel keiner Form.

Translationsprincip Stellung nimmt. Consequent muss dann auch für die Umwandlung die Schriftform des § 780 ff. B.G.B. ff. verlangt werden. In diesem Sinne wollte der von Bähr 1891 herausgegebene Gegenentwurf zum B.G.B. den Umwandlungsvertrag formulieren: § 443. Wird zwischen den Beteiligten vereinbart, dass eine bestehende Schuld fortan als Darlehn geschuldet werden soll, so hat diese Vereinbarung, insbesondere der deshalb gegebene Darlehnsschein, die Natur eines feststellenden Schuldversprechens. Es kommt § 721 darauf zur Anwendung.

U.E. ist für das B.G.B. die entgegengesetzte Ansicht richtiger, wonach die Aufhebung und Neubegründung der Obligation lediglich als Folge der rechtsgeschäftlichen Absicht eintritt. Denn die Schuldumwandlung ist, wie Oertmann zutreffend ausführt, mehr als nur ein abstraktes Schuldanerkenntnis;[97]) der Gesammtvorgang zerfällt nach der Parteiabsicht in 2 Teile: einen liberatorischen und einen obligatorischen Vertrag. Der durch die Causalverknüpfung beider Verträge entstehende Neuvertrag ist kraft dieser Verknüpfung nicht mehr abstrakter Vertrag.

Für die Erklärung dieses Gesammtvorganges lehnen wir die Zuhülfenahme einer Fiktion ab. Man hat den Gesammtvorgang als Darlehnsgeschäft bezeichnet mit Hülfe folgender Fiktionen:

a) Der Solutions- und Numerationszahlung,[98])
b) der Valutaregulierung durch Compensation,[99])
c) der Valutaregulierung durch Leistung des Schuldners an sich selbst kraft Anweisung des Gläubigers und

---

[97]) Planck ist der Ansicht, dass für den § 607 II im Falle des Anerkenntnisses 2 Verträge angenommen werden müssten: ein Anerkenntnisvertrag und ein auf Umwandlung der anerkannten Schuld in eine Darlehnsschuld gerichteter Vertrag.

[98]) Schmidt: Natur und Wirkung der Schuldumwandlung 1902, S. 18 f und die dort angegebene Litteratur.

[99]) Klemperer in Gruch. Beitr. 1899 S.578, Wendt, Kohler in Lehrb. II S. 339.

Behalten des Geleisteten als Darlehn.[100])

Gegen den Gebrauch von Fiktionen spricht, dass es eine Frage der Gesetzgebungskunst, nicht aber der Methodik der juristischen Untersuchung ist, ob der Gebrauch von Fiktionen als zulässig erkannt werden soll.[101]) Fiktionen sind Annahmen von etwas, was an sich nicht existiert, um rechtliche Folgerungen daran knüpfen zu können. Die Verurteilung des Gebrauches von Fiktionen ist nur dann gerechtfertigt, wenn es sich um dogmatische, nicht aber um sog. historische Fiktionen handelt, die eine eigentümliche Form des historischen Fortschritts, die formelle Anknüpfung des Neuen an das alte repräsentieren."[102]) Es handelt sich hierbei um eine besondere Form der extensiven Interpretation, die dazu diente, einem bisher unbekannten Begriff Klagbarkeit zu verschaffen. So diente die Fiction Ulpians bei der Schuldumwandlung „videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta" nicht dem theoretischen Zwecke, dem sie für das heutige Recht dient, nämlich das logisch-juristische Fundament der Umwandlung zu erklären, sondern sie bezweckte Herbeiführung der Klagbarkeit der umgewandelten Schuld, weil Vereinbarungen nuda pactione ausserhalb der 4 Consensualkontrakte im altrömischen Recht nicht klagbar waren. Hier hatte also die technische Notlüge der Fiktion ihre historische Berechtigung. Indessen cessante causa cessat effectus. Mit der Anerkennung der Klagbarkeit des Umwandlungsvertrages nuda pactione verliert die Fiktion ihre Eigenschaft als historische Fiktion und bleibt lediglich Surrogatfiktion, dogmatische Fiktion: als solche dient heute die Fiktion der Darlehnsbegründung mittels doppelter Numeration, compensatio und Leistung an sich selbst kraft

[100]) Kohler Lehrb. II S. 182.
[101]) Meumann a. a. O. S. 18. Ahrens in Rechtsphilosoph. Einleitung„ in Holzendorffs Enzyklopädie S. 7."
[102]) Jhering: G. d. r. R. III S. 306.

Anweisung. Das Gesetz hat derartige Fiktionen kraft positiver Bestimmung in der Lehre vom Eigentumsübergang anerkannt. § 929 ff. B.G.B. Hier ist der Ersatz der zum Eigentumsübergang erforderlichen realen Uebergabe durch Aeusserung des consensus in einer bestimmten Form, nämlich brevi manu traditio, constitutum possessorium und cessio des Herausgabeanspruches für zulässig erachtet. Es werden hier also Folgerungen an Tatsachen geknüpft, z.B. die cessio des Herausgabeanspruches, die nur in der Annahme, nicht in Wirklichkeit bestehen. Eine Ausdehnung der Anwendung von Srrogatfiktionen auf andere Rechtsinstitute ist aber unzulässig, da eine gesetzliche Bestimmung fehlt. Erachtet man die Anwendung dogmatischer Fiktionen aus methodischen Gründen auch hier für zulässig, so steht nichts im Wege, für die juristische Beurteilung des Umwandlungsgeschäftes eine der 3 Fiktionen herbeizuziehen, und z.B. den Vorgang so zu erklären, dass die alte Schuld durch Zahlung der schuldigen Leistung getilgt, das Gezahlte aber von dem Gläubiger alsbald an den Schuldner als Darlehn zurückgezahlt wird.[93]) Bei der von mir angenommenen Unzulässigkeit der dogmatischen Fiktion ist die Erklärung des Gesammtvorganges folgende: Der Umwandlungsvertrag ist ein einheitlicher Vertrag der 2 Bestandteile hat: einen liberatorischen und einen obligatorischen. Dieser einheitliche Vorgang ist etwas dem Darlehnsvertrag als Realvertrag in seiner freien Auffassung[104]) Analoges: Die res, die Vermögenszuwendung besteht in dem Erlass der Urforderung. Diese geschieht zum Zwecke der Darlehnsbegründung. Als eigentliche Darlehnsbegründung kann dieser Vorgang aber nicht bezeichnet werden, weil der Inhalt der Verpflichtung zur

[103]) O. L. G. Braunschweig: Seuff. Arch. Bd. 49 N 158 S 276.

[104]) lediglich als Wertüberführung. Da hier nicht Leistung eines Sachgutes durch Eigentumsverschaffung stattfindet, so liegt in Wirklichkeit ein Consensualvertrag vor.

Rückgabe ein ganz anderer als die hingegebene Sache, der unvertretbare Erlass der Urforderung ist.[105])

Zur Darlehnslehre nach B. G. B.

Einleitung: Rechtsgeschäft und Darlehn.
Cap. I. Das Darlehn als Consensualvertrag.
a. Begriff der res beim Darlehn.
b. Das Darlehn als Vermögens- und Wertüberführung.
c. Folgerungen.
Cap. II. Die Darlehnskausa.
a. Ueber causa im Allgemeinen.
b. Die causa mutui.
Cap. III. Gegenstand des Darlehns.
Cap. IV. Pflichten des Darlehnsgebers:
a. zur Capitalsverschaffung,
b. zur Belassung des Capitals.
Cap. V. Nichterfülllung der Geberpflichten.
Cap. VI. Pflichten des Darlehnsnehmers:
a. zur Annahme,
b. zur Rückgabe des Capitals.
Cap. VII. Der contractus mohatrae.
Cap. VIII. Synallagmatische Natur des Darlehns?
Cap. IX. Die Schuldumwandlung nach § 607 Abs. 2. B.G.B.

[105]) Siber: Rechtszwang S. 60. Ders.: Compensation S. 135 f.